UNIVERSITÉ DE LAUSANNE - FACULTÉ DE DROIT

La société anonyme à but non économique en droit suisse

Thèse de doctorat

ANDRÉ LASSERRE

1975

Lausanne
Imprimerie des Arts et Métiers SA
1976

La société anonyme à but non économique en droit suisse

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

© André Lasserre - 1976

UNIVERSITÉ DE LAUSANNE - FACULTÉ DE DROIT

La société anonyme à but non économique en droit suisse

Thèse de doctorat

ANDRÉ LASSERRE

Lausanne
Imprimerie des Arts et Métiers SA
1976

IMPRIMATUR

Le Conseil de la Faculté de droit, sans se prononcer sur les opinions de l'auteur, autorise l'impression de la thèse de M. André LASSERRE, candidat à la licence et au doctorat en droit, intitulée : « La société anonyme à but non économique en droit suisse ».

Lausanne, le 1er juillet 1975.

Le Doyen de la Faculté de droit

Jean Gauthier.

Nous prions Monsieur le Professeur François Gilliard de bien vouloir trouver ici l'expression de notre profonde reconnaissance pour la bienveillance qu'il nous a témoignée au cours de l'élaboration de ce travail, et pour les judicieux conseils qu'il n'a cessé de nous prodiguer.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546816_0055

A Janine, pour sa patience,

A Julien et à Yann pour le temps qui leur a été soustrait.

INTRODUCTION

L'article 620 CO dispose :

> « La société anonyme est celle qui se forme sous une raison sociale, dont le capital est déterminé à l'avance, divisé en actions, et dont les dettes ne sont garanties que par l'actif social.
> Les actionnaires ne sont tenus que des prestations statutaires et ne répondent pas personnellement des dettes sociales.
> *La société anonyme peut être fondée aussi en vue de poursuivre un but qui n'est pas de nature économique.* »

Le dernier alinéa que nous soulignons n'a jamais donné lieu à des querelles de doctrine quant au sens à lui attribuer car, selon la volonté du législateur, la forme de la société anonyme se prête aussi bien aux corporations à but économique qu'à celles qui poursuivent un but philanthropique ou, dans un sens plus général, non économique. La disposition qu'il contient est presque littéralement issue de l'article 688 al. 3 du projet Huber [1] ; elle a été admise sans plus comme la consécration d'un état de fait valant même en l'absence d'une règle expresse [2]. En d'autres termes, elle ne devait susciter aucun développement particulier et la brièveté des commentaires à son sujet paraît suffisamment révélatrice [3]. Mais en raison du caractère essentiellement économique de la société anonyme, elle apparaît quelque peu paradoxale dans ce contexte et mérite de ce fait un examen approfondi, comme d'autres formes atypiques de sociétés anonymes l'ont mérité avant elle, par exemple la société anonyme à un seul actionnaire.

---

[1] « Une société anonyme peut aussi être fondée en vue d'un but qui n'est pas de nature économique. » — « Die Aktiengesellschaft kann auch für andere als wirtschaftliche Zwecke begründet werden. »

[2] Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui du projet de loi revisant les titres XXIV à XXXIII du Code des obligations (du 21 février 1928).

[3] v. Steiger, Bürgi, etc.

Nous diviserons notre étude en deux parties, une partie générale que l'on pourrait aussi appeler partie théorique, et une partie spéciale réservée à l'analyse de cas concrets.

Pour la compréhension du sujet, il s'agira dans la partie générale de bien marquer la limite entre ce qui est économique et ce qui ne l'est pas dans la société anonyme. Ce même problème se posant avec une acuité plus grande dans l'association des articles 60 et suivants du Code civil, il faudra tout d'abord l'étudier dans ce contexte pour en saisir la complexité. C'est seulement après cet examen que l'on abordera la question dans le cadre juridique différent de la SA, où les termes vont prendre un autre sens.

S'agissant de sociétés qui renoncent au profit, qui distribuent des libéralités ou qui accordent certains avantages à des tiers, voire à des actionnaires, il faut assurer la protection des créanciers sociaux. C'est ce que nous examinerons dans un second chapitre, en rappelant brièvement quelles sont les garanties offertes aux créanciers sociaux dans les sociétés anonymes du type habituel. Comme la société anonyme à but non économique diffère parfois de la SA usuelle par certaines particularités, dont pourraient se prévaloir les créanciers pour recourir au principe du « Durchgriff », notion récemment apparue dans la doctrine et qui pourrait constituer une solution au problème de la sécurité des créanciers, nous aurons à nous étendre plus longuement sur ce point. Nous aurons également à nous arrêter au procédé de la société double — en allemand Doppelgesellschaft — fréquemment utilisé dans les sociétés du type de celle que nous étudions et qui pourrait constituer une autre réponse au même problème, mais qui présente le désavantage de dépendre de la volonté des actionnaires.

Dans un troisième chapitre, nous aurons à répondre à un certain nombre de questions posées par Gilliard dans un article consacré aux sociétés anonymes à tendances coopératives, publié dans « Lebendiges Aktienrecht: Festgabe zum 70. Geburtstag von Wolfhart Friedrich Bürgi ». Avant de passer en revue ces différentes questions et d'y apporter nos réponses, nous procéderons à une analyse comparative des dividendes attribués par la société à but économique à ses actionnaires et des avantages procurés par la société anonyme à but non économique à ses bénéficiaires, tiers ou actionnaires. Cette comparaison doit éclairer la question de la sécurité des créanciers car une certaine analogie entre les deux types de rémunération permettrait l'application aux libéralités des règles sur le dividende, par exemple celle de l'article 678 CO. Pour des raisons propres à ce travail, nous ne reprendrons pas systématiquement l'ordre des questions posées par Gilliard. Nous répondrons d'abord à celle de savoir si les prestations assurées ou promises aux actionnaires par les statuts font l'objet de droits acquis, et traiterons ensuite les questions dans l'ordre de leur énumération :

— les avantages doivent-ils ou peuvent-ils faire l'objet d'une clause facultativement nécessaire des statuts ?

— de tels avantages en nature peuvent-ils être introduits en cours d'existence de la société ?

— le recours au juste prix constitue-t-il une solution réalisable au problème de la sécurité des créanciers sociaux ?

— les actionnaires qui bénéficient de prestations en nature forment-ils « un groupe d'actionnaires dont la situation juridique est différente » au sens de l'article 708 al. 4 CO ?

— enfin, la société peut-elle renoncer à mettre l'actionnaire ou le tiers au bénéfice des avantages promis implicitement par son but non économique ?

Dans ces trois chapitres, l'étude juridique de la SA à but non économique aura été abordée d'un point de vue purement théorique. C'est pourquoi nous croyons utile de la compléter par une partie spéciale, où le problème sera traité d'un point de vue pratique fondé sur l'analyse de vingt et une sociétés anonymes à but non économique de Suisse romande. Il sera, en effet, intéressant de constater que l'article 620 al. 3 CO n'est pas resté lettre morte : l'exemple des sociétés qui en ont fait usage viendra confirmer ou infirmer les craintes que leur existence peut faire naître et permettra de répondre à la question de savoir si cette disposition est conciliable avec la structure même de la société anonyme.

CHAPITRE PREMIER

LA SOCIÉTÉ ANONYME A BUT NON ÉCONOMIQUE : ESSAI DE DÉFINITION

On peut donner aux mots le sens qu'on veut, pourvu qu'on le définisse d'abord.

Bergson.

Introduction

Il ne s'agit pas de donner ici une définition que nous considérerions comme la seule valable, mais de délimiter une hypothèse de travail acceptable, qui ne soulève pas, une fois de plus, des controverses inutiles sur le sens à attribuer aux termes « économique » et « non économique », et qui permette au lecteur de saisir exactement la portée de l'étude.

Il faut regretter que le législateur ait employé à mauvais escient des termes à la mode auxquels chacun prête un sens différent. Il en est ainsi de l'adjectif économique, qui suscite les interprétations les plus diverses.

Selon une première conception, il n'est, de nos jours, plus une activité qui n'appartienne au monde économique : créatrice de progrès techniques, la recherche scientifique apparait indispensable au développement du commerce et de l'industrie ; d'abord philanthropique, l'aide au tiers monde se justifie de plus en plus pour des raisons d'équilibre économique; le « show business », l'industrie du tourisme et des loisirs, autant d'exemples de l'emprise de l'économique sur le non économique. La distinction devenant alors impossible, on ne peut nier toute pertinence aux arguments des partisans d'une conception extensive de l'adjectif économique. D'autres se sont placés au niveau de l'homme, de ses motivations et défendent un point de vue subjectif. Selon eux, peu importent les implications économiques des activités dites de bienfaisance, religieuses, scientifiques ou artistiques, seule compte l'intention désintéressée de celui qui les exerce. De ce point de vue, toutes celles qui sont conduites sans cette intention sont considérées comme économiques ; la satisfaction désintéressée de nécessités matérielles de tiers n'a donc, selon cette conception, rien d'économique. Peut-on, là encore, nier toute validité à cette manière de concevoir les choses ?

Ces questions laissées volontairement sans réponses montrent combien il est difficile de trancher entre deux conceptions pourtant fondamentalement différentes: elles comportent chacune leur part de vérité. Tant que la loi ne sera pas plus précise, les querelles de doctrine continueront d'aller leur train ; en l'absence d'une définition légale, nul ne détient la vérité.

Nous illustrerons notre appréciation d'un exemple tiré du droit suisse, qui touche de près le sujet en question. Il s'agit de l'association, dont la constitution n'est autorisée que si elle poursuit un but non économique [1].

Le but non économique dans l'association

A) *Introduction*

Dans le Code civil de 1907, par les articles 52 al. 2 et 59 al. 2, le législateur a voulu réglementer de manière différente les corporations à but économique et celles dont le but est idéal ou non économique. Il n'a pas, malheureusement, assorti cette distinction de définitions qui auraient définitivement marqué la frontière entre ces deux mondes. A moins d'une revision de la loi, seule la jurisprudence peut maintenant pallier cet oubli, en se conformant à la volonté présumée du législateur et en tenant compte, dans une certaine mesure, de la doctrine.

B) *Historique des travaux*

a) *Phase préparatoire*

Sans vouloir reprendre l'historique des articles 52, 59 et 60 CC dans tous ses détails [2], nous retracerons brièvement leur gestation.

E. Huber a cherché l'élément déterminant qui pouvait servir à caractériser positivement les sociétés du CO et négativement les associations. Dans ses premiers manuscrits, il a tenté de faire la distinction au moyen de l'adjectif économique puis, peu satisfait de l'imprécision du terme, il lui substitue l'expression « directement industriel ou commercial » dans le texte final destiné à la petite commission d'experts [3]. Malheureusement la confu-

---

[1] art. 52, 59 et 60 CC.

[2] Pellet Marc-André. *Le but non économique de l'association.* Thèse Lausanne, 1964.

[3] art. 71 : « Vereine, die einen wohltätigen, politischen, sozialen, wissenschaftlichen, künstlerischen, geselligen oder andern nicht dem Erwerbe oder Gewerbe unmittelbar dienenden Zweck verfolgen, erlangen die Persönlichkeit, sobald ihre Pesonenverbindung den Willen, als eine Verbandsperson bestehen zu wollen, hinreichend geäussert hat. »

sion s'installe avec la commission restreinte réunie entre le 23 août et le 12 septembre 1896. Celle-ci, en effet, tout en maintenant les mêmes termes à l'article 75 de l'avant-projet de décembre 1896, leur adjoint l'adjectif économique, qu'elle leur substitue à l'article 105, privant l'avant-projet de Huber d'une partie de sa cohérence [4].

Contrairement à l'avant-projet ainsi remanié, celui du 15 novembre 1900, rédigé à nouveau par Huber, tente de redonner à l'adjectif économique un rôle déterminant, les nouvelles dispositions prenant alors la teneur suivante :

art. 78 al. 1
anc. art. 75 al. 1 : « Les sociétés qui n'ont pas un but proprement économique, telles que les sociétés politiques, religieuses, scientifiques, artistiques, de bienfaisance ou de récréation, ont la personnalité civile, lorsqu'elles expriment, d'une manière suffisante, leur volonté d'être constituées en corps organisés. »

art. 108
anc. art. 105 : « Les sociétés qui ont un but économique sont régies par le droit fédéral sur la matière, les associations d'allmends et autres semblables par le droit cantonal. »

La nécessité de définir l'adjectif économique le plus précisément possible n'a donc pas échappé au professeur Huber, pour qui seules les sociétés appartenant au monde des affaires ont un but économique; aussi prévoit-il pour elles une inscription au Registre du commerce destinée à sauvegarder la sécurité des transactions. Quant à l'adverbe « proprement », il l'emploie

---

art. 102 : « Personenverbindungen, die einen dem Erwerb oder Gewerbe unmittelbar dienenden Zweck verfolgen, stehen unter den Vorschriften des Obligationenrechts über die Gesellschaften und Genossenschaften, oder unter den kantonalrechtlichen Vorschriften über die Wald-, Weide-, Brunnen-, Alpgenossenschaften u. dergl. »

[4] art. 75 al. 1 : « Vereine, die einen wohltätigen, politischen, sozialen, wissenschaftlichen, künstlerischen, geselligen oder andern nicht dem Erwerbe oder Gewerbe unmittelbar dienenden wirtschaftlichen Zweck verfolgen, erlangen die Persönlichkeit, sobald ihre Personenverbindung den Willen, als eine Körperschaft bestehen zu wollen, hinreichend geäussert hat. »

art. 105 : « Personenverbindungen, die einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen, stehen unter den Vorschriften des Obligationenrechts über die Gesellschaften und Genossenschaften, oder unter den kantonalrechtlichen Vorschriften über die Wald-, Weide-, Alpgenossenschaften und dergleichen. »

art. 75 al. 1 : « Les sociétés qui ne poursuivent pas directement un but industriel ou commercial, telles que les sociétés de bienfaisance, politiques, sociales, scientifiques, artistiques, sont des personnes, lorsqu'elles expriment, d'une manière suffisante, leur volonté d'être constituées en corps organisés. »

art. 105 : « Les corps organisés, à destination économique, sont régis par les dispositions du Code fédéral des obligations ou par les dispositions cantonales concernant les associations forestières, de pâture, alpestres, et autres semblables. »

dans le dessein de permettre à l'association d'exercer une activité industrielle ou commerciale comme moyen d'atteindre ses objectifs non économiques. Fondant sa définition sur le but, E. Huber ne tient pas l'activité effective dans le monde des affaires pour le critère final de distinction entre ce qui est économique et ce qui ne l'est pas. Si l'activité exercée l'est à titre de moyen seulement, l'association garde son but non économique [5].

Après les commentaires suscités par l'avant-projet de 1900 et les délibérations de la commission d'experts, la rédaction de l'avant-projet de 1903 surprend, puisque, sous la plume de Huber, elle ne remédie en rien aux imprécisions déjà relevées par la doctrine et s'oppose même assez fortement aux propositions faites par le conseiller national Schmid pour préciser la définition dans une sens extensif [6]. La teneur de cette disposition était, en effet, devenue la suivante :

art. 78 al. 1 : « Les sociétés politiques, religieuses, scientifiques, artistiques, de bienfaisance, de récréation ou autres semblables, qui ne poursuivent ni directement ni indirectement un but économique, acquièrent la personnalité civile, dès qu'elles ont exprimé d'une manière suffisante leur volonté d'être organisées corporativement. »

Avec cet avant-projet prend fin la phase préparatoire des travaux législatifs. Durant cette phase de gestation, Huber a toujours marqué, avec plus ou moins de netteté, qu'il entendait choisir comme critère le but (économique ou non) et non la nature de l'activité exercée. Si cette interprétation transparaît dans les mots employés et dans l'exposé des motifs à l'appui de l'avant-projet du 15 novembre 1900, qui qualifie expressément d'économique ce qui appartient à la vie des affaires et relève du domaine des transactions, il faut cependant regretter que la rigueur scientifique du père de l'avant-projet ne l'ait pas amené à exclure une activité économique en tant que moyen.

b) *Phase parlementaire*

Les travaux parlementaires, qui débutent le 24 janvier 1905 au Conseil national, se fondent sur le message du Conseil fédéral du 28 mai 1904. Au milieu des débats figurait principalement la recherche d'une définition

---

[5] Huber Eugen : *Code civil suisse. Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de justice et police.* Tome premier. *Introduction. Droit des personnes et de la famille.* Berne 1901, p. 72-74.

[6] Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de Code civil suisse du 28 mai 1904. FF 1904 IV p. 1 ss.
Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Expertenkommission, p. 85.

satisfaisante de l'association et particulièrement à l'article 70 al 1. Le texte des art. 61, 69 et 70 était alors le suivant :

art. 61: Les groupes de personnes organisés corporativement, ainsi que les établissements ayant une destination spéciale et une existence propre, acquièrent la personnalité civile, en se faisant inscrire au Registre du commerce.
Sont dispensés de cette formalité les corporations et les établissements de droit public, de même que les sociétés qui ne poursuivent pas un but économique.
Les groupes de personnes et les établissements poursuivant un but illicite ou contraire aux mœurs ne peuvent acquérir la personnalité civile.

art. 69: Le droit public de la Confédération et des cantons demeure réservé pour les corporations et les établissements qui en relèvent et pour ceux qui ont un caractère ecclésiastique.
Les règles du droit fédéral sur les sociétés et les associations s'appliquent aux groupes de personnes qui poursuivent un but économique.
Les associations d'allmends et autres semblables continuent à être régies par le droit cantonal.

art. 70: Les sociétés politiques, religieuses, scientifiques, artistiques, de bienfaisance, de récréation, ou autres semblables qui ne poursuivent ni directement, ni indirectement un but économique, acquièrent la personnalité civile, dès qu'elles ont exprimé d'une manière suffisante leur volonté d'être organisées corporativement. A cet effet, elles sont tenues d'adopter des statuts écrits, contenant les dispositions nécessaires sur le but, les ressources et l'organisation (assemblée générale et direction) de la société [7].

---

[7] art. 61 : « I gruppi di persone organizzati corporativamente e gli stabilimenti autonomi e destinati ad un fine particolare conseguono il diritto alla personalità mediante l'inscrizione nel Registro di commercio.

Le corporazioni e gli stabilimenti di diritto pubblico e le unioni che non si prefiggono uno scopo economico non abbisognano dell'inscrizione.

I gruppi di persone e gli stabilimenti che si propongono uno scopo illecito od immorale non possono ottenere la personalità. »

art. 69 : « Per le corporazioni e gli istituti di diritto pubblico o religiosi rimangono riservate le disposizioni di diritto pubblico della Confederazione e dei Cantoni.

I gruppi di persone, aventi un fine economico soggiaciono alle disposizioni di diritto federale circa le società e le associazioni.

I consorzi, vicinati e simili rimangono sottoposti alle disposizioni del diritto cantonale. »

art. 70 : « Le unioni che si propongono un fine politico, scientifico, religioso, artistico, benefico o ricreativo, od altro simile e non tendono nè direttamente nè indiret-

Il n'est pas aisé de dégager une interprétation commune aux deux Conseils. Le Conseil national, suivant les propositions de sa commission, préconisait la substitution, aux articles 61 al. 2 et 70 al. 1, du critère de « l'industrie exercée en la forme commerciale » aux mots « but économique » (direct ou indirect). Ses propositions modifiaient la teneur de ces articles de la manière suivante [8] :

art. 61 al. 2 : « Sont dispensés de cette formalité les corporations et les établissements de droit public, de même que les sociétés qui n'exercent pas une industrie en la forme commerciale, et les fondations de famille. »

art. 70 al. 1 : « Les sociétés politiques, religieuses, scientifiques, artistiques, de bienfaisance, de récréation ou autres semblables qui n'exercent pas une industrie en la forme commerciale, acquièrent la personnalité civile dès que, dans leur statuts, elles ont exprimé d'une manière suffisante leur volonté d'être organisées corporativement. » [9]

---

tamente ad un fine economico, conseguono la personalità tostochè abbiano sufficientemente manifestata la loro volontà di costituire una corporazione.

Questa volontà si manifesta con l'approvazione di statuti scritti che facciano conoscere il fine della società, i suoi mezzi e la sua organizzazione (assemblea sociale e direzione).

art. 61 : « Die körperschaftlich eingerischteten Personenverbindungen und die einem eigenen Zwecke gewidmeten und selbständigen Anstalten erlangen das Recht der Persönlichkeit durch die Eintragung in das Handelsregister.

Keiner Eintragung bedürfen die öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten, sowie die Vereine, die nicht wirtschaftliche Zwecke verfolgen.

Personenverbindungen und Anstalten zu unsittlichen oder widerrechtlichen Zwecken können keine Persönlichkeit erlangen. »

art. 69 : « Für die öffentlich-rechtlichen und kirchlichen Körperschaften und Anstalten bleibt das öffentliche Recht des Bundes und der Kantone vorbehalten.

Personenverbindungen, die einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen, stehen unter den bundesrechtlichen Bestimmungen über die Gesellschaften und Genossenschaften.

Allmendgenossenschaften und dergleichen verbleiben unter den Bestimmungen des kantonalen Rechtes. »

art. 70 : « Vereine, die sich einer politischen, religiösen, wissenschaftlichen, künstlerischen, wohltätigen, geselligen oder andern ähnlichen Aufgabe widmen und nicht mittelbar oder unmittelbar einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen, erlangen die Persönlichkeit, sobald sie den Willen, als eine Körperschaft bestehen zu wollen, hinreichend geäussert haben.

Diese Äusserung erfolgt durch die Annahme von Vereinsstatuten, die schriftlich aufgesetzt sind und den Zweck des Vereins, seine Mittel und seine Organisation (Vereinsversammlung und Vorstand) Aufschluss geben. »

[8] Bulletin sténographique, vol. 15, p. 474 et 479.

[9] art. 61 al. 2 : « Keiner Eintragung bedürfen die öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten, sowie die Vereine, die nicht einen wirtschaftlichen Betrieb nach kaufmännischer Art führen, und die Familienstiftungen. »

La commission du Conseil des Etats préconisait de son côté le rétablissement de l'article 61 al. 2 dans la teneur qu'il avait dans le projet de mai 1904, la suppression de l'adjectif « semblables » de l'article 70 et son remplacement par les mots « non économique » avec l'adjonction d'un nouvel article 71 al. 2 accordant à l'association l'exercice d'« une industrie en la forme commerciale ».

Le texte des articles 70 al. 1 et 71 al. 2 devenait alors [10] :

art. 70 al. 1 : « Les sociétés politiques, religieuses, scientifiques, artistiques, de bienfaisance, de récréation ou autres qui ne poursuivent pas un but économique, acquièrent la personnalité civile, dès que, dans leurs statuts, elles ont exprimé d'une manière suffisante leur volonté d'être organisées corporativement. »

art. 71 al. 2 : « Si une société vouée à l'un des buts indiqués à l'article précédent exerce une industrie en la forme commerciale, elle sera tenue à l'inscription. » [11]

Bien que le conseiller aux Etats Richard ait relevé l'imprécision de l'adjectif économique en proposant le retour à la rédaction du Conseil national, qui lui paraissait mieux correspondre à l'idée de l'autorité législative, le Conseil des Etats adopta les propositions de sa commission [12].

Lors de la liquidation des divergences, le Conseil national se rallia aux propositions du Conseil des Etats, le nouveau texte légal adopté en votation finale le 10 décembre 1907 s'établissant comme suit :

art. 52 : A : de la personnalité. « Les sociétés organisées corporativement, de même que les établissements ayant un but spécial et une existence propre, acquièrent la personnalité en se faisant inscrire au Registre du commerce.

---

art. 70 al. 1 : « Vereine, die sich einer politischen, religiösen, wissenschaftlichen, künstlerischen, wohltätigen, geselligen oder andern ähnlichen Aufgabe widmen und nicht einen wirtschaftlichen Betrieb nach kaufmännischer Art führen, erlangen die Persönlichkeit, sobald der Wille, als Körperschaft zu bestehen, aus den Statuten ersichtlich ist. » Bulletin sténographique, vol. 15, p. 473 et 478.

[10] Bulletin sténographique, vol. 15, p. 940 et 941.

[11] art. 70 al. 1 : « Vereine, die sich einer politischen, religiösen, wissenschaftlichen, künstlerischen, wohltätigen, geselligen oder andern nicht wirtschaftlichen Aufgabe widmen, erlangen die Persönlichkeit, sobald der Wille, als Körperschaft zu bestehen, aus den Statuten ersichtlich ist. »

art. 71 al. 2 : « Verbindet der Verein mit seinem Zweck ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe, so untersteht er der Eintragungspflicht (1726). » Bulletin sténographique, vol. 15, p. 939 et 940.

[12] Bulletin sténographique, vol. 15, p. 931.

Sont dispensés de cette formalité les corporations et les établissements de droit public, les associations qui n'ont pas un but économique, les fondations ecclésiastiques et les fondations de famille. Les sociétés et les établissements qui ont un but illicite ou contraire aux mœurs ne peuvent acquérir la personnalité. »

art. 59: F: Réserves en faveur du droit public et du droit sur les sociétés.

« Le droit public de la Confédération et des cantons demeure réservé pour les corporations ou les établissements qui lui sont soumis et pour ceux qui ont un caractère ecclésiastique.

Les organisations corporatives qui ont un but économique sont régies par les dispositions applicables aux sociétés. Les sociétés d'allmends et autres semblables continuent à être régies par le droit cantonal. »

art. 60: A: Constitution I: Organisation corporative.

« Les associations politiques, religieuses, scientifiques, artistiques, de bienfaisance, de récréation ou autres qui n'ont pas un but économique, acquièrent la personnalité dès qu'elles expriment dans leurs statuts la volonté d'être organisées corporativement. Les statuts sont rédigés par écrit et contiennent les dispositions nécessaires sur le but, les ressources et l'organisation de l'association. »

art. 61: II: Inscription.

« L'association dont les statuts ont été adoptés et qui a constitué sa direction peut se faire inscrire au Registre du commerce.

Est tenue de se faire inscrire toute association qui, pour atteindre son but, exerce une industrie en la forme commerciale.

Les statuts et l'état des membres de la direction sont joints à la demande d'inscription. » [13]

---

[13] art. 52 : « Le unioni di persone organizzate corporativamente e gli istituti autonomi e destinati ad un fine particolare conseguono il diritto alla personalità mediante l'iscrizione nel Registro di commercio.

Le corporazioni e gli istituti di diritto pubblico, le fondazioni ecclesiastiche e di famiglia e le associazioni che non si prefiggono uno scopo economico non abbisognano dell'iscrizione.

Le unioni di persone e gli istituti che si propongono uno scopo illecito od immorale non possono ottenere la personalità. »

art. 59 : « Per le corporazioni e gli istituti di diritto pubblico o di carattere ecclesiastico sono riservate le disposizioni di diritto pubblico della Confederazione e dei Cantoni.

Le unioni de persone che hanno un fine economico soggiacciono alle disposizioni del diritto federale circa le società e le cooperative.

I patriziati e simili corporazioni rimangono soggetti alle disposizioni del diritto cantonale. »

c) *Conclusion*

Ce rapide survol de l'élaboration de la définition de l'association et des articles connexes fait mieux saisir combien il est difficile de donner un sens unique à l'adjectif économique, divers systèmes ayant été proposés, de nombreuses formules étudiées et des modifications de fond ou de forme étant intervenues à chaque stade des travaux préparatoires. En fait, aussi surprenant que cela paraisse, la question du sens à attribuer à l'adjectif économique n'a jamais été au centre des débats sur l'association.

Chronologiquement, la définition de l'association à l'article 60 al. 1 CC a d'abord été fondée, dans les trois avant-projets de 1896, 1900, 1903 et le projet du Conseil fédéral, sur son but, pour être ensuite fondée, par le Conseil national, à la fois sur le but et les moyens. Ce système mixte, qui n'a

---

art. 60 : « Le associazioni che si propongono un fine politico, religioso, scientifico, artistico, benefico o ricreativo, od altro fine non economico, conseguono la personalità tosto che la volontà di costituire una corporazione risulti dagli statuti.

Gli statuti devono essere stesi in forma scritta e contenere le necessarie disposizioni circa il fine, i mezzi e gli organi dell'associazione. »

art. 61 : « Approvati gli statuti e costituita la direzione, l'associazione è autorizzata a farsi iscrivere nel Registro di commercio.

L'iscrizione è obbligatoria se per conseguire il suo fine l'associazione esercita uno stabilimento d'indole commerciale.

Per ottenere l'iscrizione devono essere deposti gli statuti ed indicati i membri della direzione. »

art. 52 : « Die körperschaftlich organisierten Personenverbindungen und die einen besondern Zwecke gewidmeten und selbständigen Anstalten erlangen das Recht der Persönlichkeit durch die Eintragung in das Handelsregister.

Keiner Eintragung bedürfen die öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten, die Vereine, die nicht wirtschaftliche Zwecke verfolgen, die kirchlichen Stiftungen und die Familienstiftungen.

Personenverbindungen und Anstalten zu unsittlichen oder widerrechtlichen Zwecken können das Recht der Persönlichkeit nicht erlangen. »

art. 59 : « Für die öffentlich-rechtlichen und kirchlichen Körperschaften und Anstalten bleibt das öffentliche Recht des Bundes und der Kantone vorbehalten.

Personenverbindungen, die einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen, stehen unter den Bestimmungen über die Gesellschaften und Genossenschaften.

Allmendgenossenschaften und ähnliche Körperschaften verbleiben unter den Bestimmungen des kantonalen Rechtes. »

art. 60 : « Vereine, die sich einer politischen, religiösen, wissenschaftlichen, künstlerischen, wohltätigen, geselligen oder andern nicht wirtschaftlichen Aufgabe widmen, erlangen die Persönlichkeit, sobald der Wille, als Körperschaft zu bestehen, aus den Statuten ersichtlich ist.

Die Statuten müssen in schriftlicher Form errichtet sein und über den Zweck des Vereins, seine Mittel und seine Organisation Aufschluss geben. »

art. 61 : « Sind die Vereinsstatuten angenommen und ist der Vorstand bestellt, so ist der Verein befugt, sich in das Handelsregister eintragen zu lassen.

Betreibt der Verein für seinen Zweck ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe, so ist er zur Eintragung verpflichtet.

Der Anmeldung sind die Statuten und das Verzeichnis der Vorstandsmitglieder beizufügen. »

finalement pas reçu l'approbation des deux Chambres, le Conseil des Etats qui désirait fondamentalement conserver la notion de but comme principe de distinction ne s'étant pas rallié à cette solution, laisse toutefois penser que l'expression « but économique » vise l'activité que l'avant-projet de 1896 qualifiait d'« industrielle et commerciale », puis de « relevant du domaine des transactions » dans l'exposé des motifs.

Toutefois, on l'a vu, c'est finalement la théorie du but qui prévalut. Dès ce moment-là, l'activité ne joue plus de rôle dans la définition de l'association, tant qu'elle n'est pas élevée au rang de fin. En revanche, si le but déterminant s'épuise dans une activité « directement industrielle ou commerciale » ou « proprement économique », c'est-à-dire dans le monde des affaires, la forme de l'association est alors exclue. Tel est, selon le législateur suisse, le sens à attribuer à l'adjectif économique, qui subsiste sans autres explications dans la définition de l'article 60 CC.

C) *La doctrine*

Il convient, en l'absence d'une définition satisfaisante de l'adjectif économique, de faire une brève incursion dans la doctrine, sans pour autant avoir la prétention de présenter toutes les théories existantes et leurs nuances, et de récapituler, sous une forme très condensée, les critères essentiels proposés par les auteurs pour distinguer l'économique du non économique. Cinq critères méritent d'être signalés :

— le critère de l'appartenance au monde des affaires,
— le critère de l'intérêt dit subjectif du membre,
— les critères mixtes,
— les critères alternatifs,
— le critère du sens usuel de l'adjectif économique.

a) *Critère de l'appartenance au monde des affaires*

La théorie de l'appartenance au monde des affaires est née de la constatation qu'entre sociétés et associations il y avait deux différences fondamentales portant, la première sur le but, la seconde sur la réglementation légale relative à l'inscription au Registre du commerce. Le droit civil interdit, d'une part, à l'association de poursuivre un but économique et, d'autre part, ne la soumet pas à l'inscription constitutive au Registre du commerce. La ratio de cette inscription au Registre du commerce étant la sécurité des transactions, les partisans du critère de l'appartenance au monde des affaires en ont très logiquement déduit que l'association n'était pas destinée à y participer activement et que le fait de n'y point participer était la consé-

quence de son but non économique. Les deux expressions sont en quelque sorte synonymes.

Parmi les adeptes de ce critère, on peut citer Luetschg, qui distingue le cas où l'exploitation économique est un but en elle-même, de celui où elle n'est que le moyen d'en atteindre un autre ; dans la première hypothèse, l'inscription est constitutive, pour assurer aux relations d'affaires la sécurité optimale, alors que dans la seconde, où le besoin de sécurité n'est prétendument plus aussi impérieux, l'inscription n'est que déclarative [14]. Pour Reichardt, le fait qu'aucune protection des tiers ne soit prévue et que l'association doive poursuivre un but non économique, suffit à démontrer l'intention du législateur de distinguer les groupements qui nouent régulièrement et principalement des rapports juridiques en matière de transactions commerciales de ceux qui ne le font qu'occasionnellement et à titre secondaire [15]. Giger pense que le but économique s'épuise dans l'exercice d'une industrie ou dans la prise d'influence sur l'industrie d'entreprises déterminées [16]. Pellet, enfin, entend par but non économique, au sens des articles 52 al. 2, 59 al. 2 et 60 al. 1 CC, « le but qui n'est ni industriel ni commercial, c'est-à-dire qui n'implique pas habituellement la conclusion de rapports juridiques de nature contractuelle avec les tiers » [17].

Tant qu'il s'agit d'une définition fondée sur le but, le critère de l'appartenance au monde des affaires, tel qu'il est défendu par Luetschg, paraît parfaitement valable, mais le problème n'en est pas résolu pour autant. En effet, selon cette théorie, le but ne sera économique que si la société se propose d'exercer une industrie ; or cette activité pourra ne pas être présentée de la sorte et être exercée à titre de moyen seulement. En effet, la qualité de but ou de moyen relève largement de la volonté autonome des responsables de l'association et, par conséquent, la seule base des statuts se révélera, la plupart du temps, insuffisante pour déterminer exactement cette qualité. Pour répondre à l'exigence d'un but non économique, l'association s'en fixera un statutairement, tout en passant sous silence les moyens par lesquels elle compte y parvenir. C'est pourquoi apparaît chez Pellet une nuance qui laisse une grande place à l'appréciation des circonstances particulières de chaque cas. Toutefois, c'est avant la constitution de la société

---

[14] Luetschg Rolf. *Fragen des internationalen Kartellrechts, insbesondere die Bindung der Kartellmitglieder.* Thèse Berne, 1939, p. 33 n. 13.

[15] Reichardt Felix. *Die Vertretungsmacht der Vereinsorgane.* Thèse Zurich, 1946, p. 54 et 55.

[16] Giger Hans Georg. *Die Mitwirkung privater Verbände bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben.* Thèse Berne, 1951, p. 16.

[17] Pellet Marc-André. *Le but non économique de l'association.* Thèse Lausanne, 1964, p. 246.

qu'il faudrait pouvoir se déterminer entre l'association et les sociétés du Code des obligations. Quant aux théories qui se contentent de retenir l'activité industrielle et commerciale à titre de moyen comme critère décisif, elles ne semblent pas être en plein accord avec une définition basée exclusivement sur le but. Pour rejoindre Pellet, il faudrait au moins se demander si l'association qui exerce une activité commerciale ou industrielle, le fait occasionnellement ou régulièrement.

b) *Critère de l'intérêt dit subjectif du membre*

Cette désignation toute générale embrasse aussi bien le gain, l'avantage économique, la favorisation matérielle des sociétaires que l'élévation de leur situation économique. Ainsi l'adjectif économique est-il pris aussi bien au sens le plus restrictif qu'au sens le plus large.

Preiswerk s'est fait le défenseur de la théorie la plus restrictive, dite théorie du but lucratif. Selon lui, seule l'organisation qui vise, de quelque manière que ce soit, l'obtention d'un bénéfice ou qui tend à procurer directement à ses membres ou à une partie d'entre eux des avantages financiers, doit être considérée comme une association poursuivant un but économique [18]. Dans un sens légèrement plus large, le but de l'association est économique lorsqu'il consiste à favoriser matériellement les membres et inversement le but est non économique lorsque la corporation cherche à satisfaire les besoins spirituels personnels ou les besoins altruistes de ses membres [19].

D'autres auteurs, ayant estimé cette interprétation trop extensive, lui ont préféré celle de la valeur matérielle directe [20]. Von Graffenried, par

---

[18] Preiswerk W. *Zur gesellschaftsrechtlichen Organisation von Wirtschaftsverbänden.* SAS 18 (1945/46), p. 64 et 65.

[19] Egger August. *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Das Personenrecht.* 1. Aufl. Zurich 1911, art. 60 rem. 2 d. — Hug Walter. *Die rechtliche Organisation der Kartelle und Konzerne.* RSJ 37 (1940/41), p. 324. — Meile Adrian. *Verein und Genossenschaft in der Verschiedenheit ihrer Zwecke.* Thèse Berne, 1947, p. 46 à 48. — Pestalozzi Ernst. *Der Begriff des idealen Vereins.* Thèse Zurich, 1952, p. 59 à 61. — Wertheimer Marga. *Die Organisation des Vereins nach dem schweizerischen Privatrecht.* Thèse Zurich, 1928, p. 13 et 14. — Zoelly Charles. *Die rechtliche Behandlung der Kartelle in der Schweiz.* Thèse Zurich, 1917, p. 84.

[20] Durrer Robert. *Der Schutz des Gesellschafters gegen Zweckänderungen.* Thèse Berne, 1955, p. 13. — von Graffenried René. *Wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Zweck im privaten Körperschaftsrecht.* Thèse Berne, 1948, p. 78. — von Steiger Werner. *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Obligationenrecht. Einleitung rem. 53.* Zurich 1951. — Schaerer Max. *Die Natur des Kartellvertrages nach schweizerischem Recht.* Thèse Berne, 1917, p. 64. — Schmucki Heinrich. *Die rechtliche Organisation der kriegswirtschaftlichen Syndikate.* Thèse Zurich, 1945, p. 111. — Joerin Willie. *Die rechtliche Organisation des Kohlenhandels in der Schweiz.* Thèse non imprimée Bâle, 1938, p. 97 et 104.

exemple, a recherché, comme l'ont fait les partisans du critère de l'appartenance au monde des affaires, les points de divergence entre la réglementation légale des associations et celle des personnes morales du CO. Il constate que le Code des obligations est bâti en fonction de transactions commerciales et d'échanges de prestations entre sociétaires ou entre les sociétaires et la société, qui impliquent le plus souvent une participation au monde des affaires. Il exclut néanmoins ce dernier critère, l'exercice d'une industrie en la forme commerciale n'étant jamais pour lui que moyen ; seules importent donc les valeurs matérielles produites et mises à la disposition des membres. L'étude des sociétés à but économique du Code des obligations montre que ces valeurs sont toujours des valeurs directes faisant l'objet de rapports juridiques entre les sociétés et leurs membres : parce qu'elles sont caractéristiques des sociétés à but économique, Von Graffenried les retient comme critère de distinction [21].

Brunner et Naegeli retiennent aussi le critère de l'intérêt dit subjectif du membre mais, cette fois-ci, au sens le plus extensif de l'expression. Ils veulent interdire fondamentalement à l'association toute activité tendant à élever la situation économique de ses membres [22].

Malgré leurs nuances, les critères réunis sous le titre de l'intérêt dit subjectif du membre ont un dénominateur commun, l'intérêt retiré par le sociétaire, qui permet de les distinguer de tous les autres critères que nous avons réunis sous lettre C).

c) *Critères mixtes*

L'adjectif « mixte » peut s'appliquer à deux théories : la première réalise la synthèse entre l'appartenance au monde des affaires et l'avantage subjectif du membre, la seconde s'appuie sur la combinaison du but et des moyens.

Ont une fin économique, au sens de la première théorie, les groupements de personnes exerçant une activité dans le monde des affaires dans le dessein de satisfaire les besoins économiques de leurs membres. Beyeler, Egger, Hafter et Schrag se rallient à cette conception du but économique [23].

---

[21] von Graffenried René, *op. cit.* p. 35, 60-70. — Meier-Hayoz Arthur et Forstmoser Peter. *Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts.* Berne 1974, p. 258 et 259.

[22] Brunner Hanspeter. *Zwangskartelle. Rechtsverhältnisse von Zwangskartellen in der Schweiz und in Deutschland.* Thèse Zurich, 1936, p. 164. — Naegeli Eduard. *Die Doppelgesellschaft als rechtliche Organisationsform der Kartelle, Konzerne und anderen Unternehmerzusammenschlüsse nach deutschem und schweizerischem Recht.* Bd. 1. Zurich et Berlin 1936. Bd. 2. Zurich 1941, p. 292.

[23] Beyeler Walter. *Der Korporationszweck.* Thèse non imprimée, Bâle 1942, p. 53. — Egger August. *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. Einleitung und Personenrecht.* 2. Aufl. Zurich 1930, art. 60 rem. 4, 5, 6 et 7. — Hafter Ernst. *Kommentar*

Selon Hafter, le but est purement économique lorsque l'activité lucrative (Erwerbstätigkeit) dans le domaine des transactions économiques est la tâche principale de la société [24]. Cette théorie reste une théorie du but, au contraire de la seconde, qui ne fait plus appel au critère objectif de l'exercice d'une activité industrielle et à celui plus subjectif de l'intérêt du sociétaire mais se fonde sur la synthèse du but et des moyens.

Specker, le plus ardent partisan de cette manière de concevoir le but économique, prend pour point de départ la constatation qu'une théorie exclusivement basée sur le but conduit à des résultats insatisfaisants lorsque l'activité ou les moyens de l'atteindre ne sont pas de même nature [25]. Il préfère alors opérer leur synthèse. Pour définir le but économique, Specker recourt à l'intérêt subjectif du membre pris au sens large de l'expression, à savoir l'avantage économique direct aussi bien qu'indirect qu'il retire de l'activité sociale. Quant aux moyens économiques, il les voit dans l'exercice d'une industrie en la forme commerciale, dans l'exercice d'une industrie ou la conduite d'une exploitation non commerciales, dans la possession et l'utilisation commune d'une chose en tant qu'activité principale autonome, dans la prestation du sociétaire faite à titre onéreux, habituellement en contrepartie de l'acquisition d'un droit patrimonial, enfin aussi dans l'obligation limitée des membres de la société coopérative en matière de responsabilité et de versements supplémentaires.

La synthèse de Specker présentée sous forme récapitulative prend la forme suivante :

— but idéal, moyen idéal : caractère idéal ;

— but économique, moyen économique : caractère économique ;

— but idéal, moyen économique : sur ce point, il est plus indiqué, selon Specker, de décider de cas en cas, selon que prédomine l'élément idéal du but ou l'élément économique du moyen. La solution du code, fondée exclusivement sur le but, est inacceptable ;

— but économique, moyen idéal; cette situation qui se trouve réalisée dans le cas particulier des organisations économiques et des cartels devrait, selon le texte légal, être qualifiée d'économique. Specker est cependant de l'avis qu'il faut rejeter une interprétation trop littérale du code, pour admettre un caractère idéal si la corporation concernée n'exerce pas une industrie ou un commerce.

---

zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Personenrecht. 2. Aufl. Berne 1919, art. 59 rem. 14, 15 et 16. — Schrag Paul. *Internationale Idealvereine.* Berne et Leipzig 1936, p. 82.

[24] Hafter Ernst, *op. cit.* art. 59 rem. 14 et art. 60 rem. 6.

[25] Specker Christian. *Die Abgrenzung des Vereins von der wirtschaftlichen Verbandsperson.* Thèse Fribourg, 1948.

d) *Critères alternatifs*

Cette théorie, défendue par Flury, ne cumule plus les éléments but et moyen, contrairement à la théorie du critère mixte, mais préfère les prendre séparément [26]. Elle est née de l'observation que la question du caractère économique ou non économique d'une association était le plus souvent posée à propos des organisations professionnelles et des cartels, dans une sorte de no man's land entre les deux mondes de l'économique et du non économique.

Si l'interprétation logique et grammaticale ne suffit plus à donner au mot économique un sens précis, celui-ci doit être recherché simultanément dans l'essence du but de l'association et dans les motifs qui ont poussé le législateur à la soumettre à un régime légal différent. Pour distinguer des autres sociétés une corporation à but économique, Flury fait appel au critère de l'intérêt subjectif du membre ; une société poursuivra un but économique lorsqu'elle tendra à satisfaire des besoins matériels de ses membres, valeurs que l'on pourra soumettre à une mesure objective ou pécuniaire. Sur le point de la réglementation légale différente prévue pour l'association, Flury remarque préliminairement que les sociétés du CO servent, de manière générale, à favoriser ou à garantir les intérêts économiques de leurs membres. Il admet aussi que la ratio de l'article 52 al. 1 CC est de donner, dans l'intérêt de la sécurité juridique et des transactions, une forme juridique appropriée à la naissance d'une corporation à but économique et que, si l'association n'est pas soumise à cette disposition, cela tient à l'importance politique et sociale du rôle qu'elle était appelée à jouer. Ainsi, négligeant l'intérêt de la sécurité des transactions et la protection des créanciers, le législateur n'aurait pas soumis l'association à une inscription constitutive, bien que les intérêts économiques de tiers puissent être mis en péril par les relations d'affaires qu'elle pourrait vouloir nouer.

Selon Flury, la seule protection des intérêts des créanciers ne justifie pas l'application des règles du CO, mais il faut y ajouter celle des intérêts des sociétaires; en effet, dans les sociétés du CO, le membre d'une société est le plus souvent tenu d'effectuer une prestation économique envers elle, en échange de laquelle la société lui promet une autre prestation économique directe ou indirecte. Le droit des personnes morales du CO traite partout de cet objet et mesure les droits patrimoniaux selon les obligations, ce qui est particulièrement bien marqué dans les dispositions sur les bénéfices, les pertes et la liquidation de ces sociétés. Le droit des associations, au contraire, ne connaît pas de tel système et n'a pas à assurer une telle protection à ses

[26] Flury Hans-Anton. *Der Vereinszweck.* Thèse Berne, 1959.

membres ; sauf les contributions à fond perdu, il ne prévoit ni prestation matérielle ni droit au transfert de telles valeurs, de la société à ses adhérents.

S'agissant des créanciers, Flury estime que ce sont l'activité et les valeurs que la société met directement à la disposition des membres qui décident du caractère économique ou non de son but; s'agissant des sociétaires, il convient de savoir à quelles prestations ils sont tenus à l'égard de la société et s'ils ont, de ce fait, un droit à la protection de leurs intérêts économiques. Si l'on combine ces deux points de vue, la nature du but résulte alors des valeurs transmises aux membres et des moyens utilisés pour les obtenir. L'examen statutaire du but étant insuffisant, le but d'une association se détermine à l'examen des moyens qu'elle se donne pour l'atteindre, prestations matérielles des membres, activité commerciale ou industrielle, et aussi à l'étude des prétentions que peuvent faire valoir les sociétaires contre leur société.

Au terme de sa démonstration, Flury arrive aux conclusions suivantes :

l'association a un but économique,

— lorsqu'elle satisfait des besoins non économiques de ses membres en leur remettant des valeurs égoïstes immatérielles ou en distribuant des valeurs matérielles ou immatérielles à des tiers, valeurs qui peuvent simultanément constituer les conditions propices à l'obtention d'avantages économiques ;

— lorsqu'elle satisfait des besoins économiques de ses adhérents, pour autant que les moyens employés ne fondent aucune prétention économique des membres contre la société et qu'aucun intérêt économique de tiers ne soit mis en danger.

e) *Critère du sens commun de l'adjectif économique*

Pour clore ce tour d'horizon, qui met déjà suffisamment en évidence la diversité des opinions, il ne faut pas omettre de mentionner un dernier courant, qui tend à garder à l'adjectif économique son sens commun tout en le précisant, mais sans lui donner une acception trop étroite.

Puisque aucune des interprétations ne donne entièrement satisfaction, il faut s'en tenir au sens commun des mots : c'est ce qu'affirme Secrétan, en exprimant sa peine à « comprendre par quel tour de prestidigitation avait pu être qualifié d'association à but non économique, un syndicat dont l'activité consistait à protéger les intérêts économiques de tous les commerçants de la branche » [27]. Cette manière de concevoir l'association est très

[27] Secrétan Roger. *Nouvelles tendances du Tribunal fédéral en matière de boycott.* JT 1957 I p. 198.

proche de la notion extensive attribuée par Brunner et Naegeli à l'adjectif économique [28].

En bref, si un groupe de personnes veut adopter la forme juridique de l'association, il faut qu'il se fixe un but proprement idéal et exclue tout ce qui a trait à la production, la répartition et la consommation de richesses.

D) *La jurisprudence*

Afin de garder à l'exposé son caractère descriptif, il ne sera fait aucun commentaire sur le ou les raisonnements du Tribunal fédéral dans les arrêts rendus entre 1912 et aujourd'hui. Il s'agit essentiellement de marquer les étapes successives par lesquelles la Cour fédérale a passé, avant d'attribuer à l'expression « but non économique » le sens qu'elle lui donne dans la jurisprudence actuelle.

Il est possible de diviser cette jurisprudence en quatre périodes : une première allant de 1912 à 1934, un seconde de 1934 à 1962, une troisième de 1962 à 1964 et une dernière enfin, de 1964 à aujourd'hui.

Jusqu'en 1934, le Tribunal fédéral se rallie à la théorie de l'intérêt subjectif du membre, en ne voyant, dans l'appartenance au monde des affaires, aucun critère décisif. Dans l'arrêt Grosfillex c. Union rurale, le Tribunal fédéral considère que, « si elle a une tendance confessionnelle très marquée, l'Union rurale n'en est pas moins en première ligne une Société de secours mutuels, destinée à procurer à ses membres des subsides en cas de maladie et à contribuer ainsi à leur bien-être matériel. Ce n'est donc pas une simple association religieuse, mais bien une « réunion de personnes pousuivant un but économique ou financier commun (art. 678 CO), soit une société coopérative » [29]. En 1930, dans l'arrêt Diakonierverband « Wartburg » c. Conseil exécutif du canton de Berne, le Tribunal fédéral écrit: « la loi connaît de telles associations qui n'ont pas un but lucratif et qui, par conséquent, ne sont pas des associations à but économique ; si ces associations, pour atteindre leur but, exercent une industrie en la forme commerciale, elles sont tenues, pour cette raison, de se faire inscrire mais ne perdent pas pour autant leur destination idéale. » [30]

Entre 1934 et 1962 la jurisprudence, tout au moins dans l'arrêt Fédération suisse des associations de fabricants d'horlogerie (FH), Union des branches annexes de l'horlogerie (UBAH), Ebauches SA c. Degoumois et

---

[28] cf. p. 25.

[29] JT 1918 I 564 = RO 44 II 77.

[30] JT 1930 I 587 = RO 56 I 123.

C^ie, prône le critère de l'appartenance au monde des affaires, alors que, dans les arrêts précédents, elle mettait plutôt l'accent sur l'activité exercée à titre de moyen [31]. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral dit : « la qualité des demanderesses pour agir en association possédant la personnalité juridique malgré l'absence d'inscription au Registre du commerce, dépend de la nature de leur activité ... La Fédération Horlogère n'entend pas se vouer elle-même à une activité économique ... et ne se propose point un but lucratif ... Nombreuses sont les institutions qui se proposent de faire progresser l'économie nationale, de servir des intérêts matériels, sans être pour cela des organisations économiques au sens de la loi ... Pour décider qu'une association est « économique », il ne suffit pas de constater qu'elle appartient au domaine économique par opposition au domaine religieux, artistique, de la bienfaisance, etc... Il serait absurde de voir une organisation corporative ayant un but économique dans toute association qui, en dernière ligne, apporte à ses membres un avantage que l'on doit regarder comme économique ... Ces auteurs perdent de vue que le but final, les effets lointains et indirects d'une institution, d'une organisation, d'une association peuvent fort bien appartenir au domaine économique par opposition à ce qu'on appelle le domaine « idéal », sans que, pour autant, l'accomplissement de la tâche assignée directement à cet organisme constitue une activité économique ... Pour qu'on soit en présence d'une association économique il faut ... que sa tâche soit accomplie par une activité économique ... Pour qu'une association puisse être considérée comme économique, il est indispensable qu'elle se voue à l'accomplissement d'une tâche économique. En revanche si l'activité économique est nécessaire, elle n'est pas toujours suffisante pour caractériser exactement l'association. » Cet arrêt garde une définition de l'association fondée sur le but, alors que les autres arrêts de cette période la fondent sur les moyens. En effet, dans l'arrêt Schweiz. Tabakverband c. Schmuklersky de 1935, on peut lire que « l'association constituée pour sauvegarder les intérêts généraux d'une corporation et qui ne se livre elle-même à aucune activité économique, acquiert la personnalité morale sans inscription au Registre du commerce, si ses statuts en expriment la volonté et dès qu'elle possède une organisation corporative », et plus loin, « qu'une association n'a un but économique au sens de cette disposition, que si elle exerce elle-même dans la branche dont il s'agit, une activité économique » [32]. L'élément de finalité a maintenant disparu. Dans un troisième arrêt, de 1946, Caisse inter-corporative vaudoise d'allocations familiales c. Administration fédérale des contributions, le Tribunal fédéral

[31] JT 1935 I 66.

[32] JT 1936 I 354 = RO 62 II 32.

déclare qu'une « association patronale a un but non économique lorsqu'elle n'assure que le rôle d'organisme auxiliaire ou de service commun chargé de certaines tâches d'ordre interne et administratif en faveur des entreprises participantes. Il en ira autrement et la solution contraire s'imposera lorsque l'association intervient activement sur le marché, soit qu'elle joue un rôle dans les transactions avec la clientèle, soit qu'elle conclue elle-même des affaires, de sorte que son activité puisse s'exercer d'une manière indépendante et pour elle-même et qu'elle puisse être considérée elle-même comme une entreprise indépendante » [33]. L'arrêt Torre, lui, cumule les critères objectif et subjectif ; pour qu'une association ait un but économique, « il faut qu'elle se voue elle-même aux affaires, dans un but lucratif » ; si elle ne se livre pas « elle-même à une activité économique dans l'intention de faire des bénéfices », elle peut acquérir la personnalité juridique en vertu des articles 60 et suivants CC. En l'espèce, ajoute le Tribunal fédéral, « l'intimée n'exerce pas une activité économique dans son intérêt propre. Elle n'a pour but que la défense des intérêts de ses membres » [34].

Mais en septembre 1962, dans l'arrêt Miniera AG et cinq consorts c. Küderli et Co. et onze consorts, le Tribunal fédéral renverse sa jurisprudence antérieure en refusant de restreindre, pour l'association défendant des intérêts généraux, la notion de but économique à l'exploitation par la corporation d'une entreprise industrielle ou commerciale [35]. « Peu importe en principe », dit-il, « lorsqu'il s'agit de distinguer le but économique du but non économique, que l'organisation corporative exerce une industrie. En effet, si le but économique dépendait non seulement dans ce cas, mais de façon générale de l'exercice d'une industrie, on ne comprendrait pas pourquoi les articles 52 al. 2, 59 al. 2 et 60 al. 1 CC parlent de but économique et de but non économique, au lieu d'exercice d'une industrie en la forme commerciale ... Aux yeux du législateur, le but économique constitue le critère essentiel », le Tribunal ajoutant : « le groupement qui tend à défendre les intérêts communs de ses membres touchant la vente de certains articles a un but économique,... une organisation peut avoir un but économique, sans nécessairement exercer une industrie en la forme commerciale. » Ce revirement de jurisprudence marquait le retour à la jurisprudence antérieure des années 1912 à 1934, la recherche d'un avantage économique indirect paraissant même suffire. Cet arrêt n'infirme cependant pas complètement les arrêts de la période précédente, dans la mesure où il distingue deux définitions différentes du but économique, l'une empruntée à la théorie objec-

[33] JT 1947 I 565 = RO 72 I 319.

[34] SJ 1954 p. 85.

[35] JT 1963 I 109 = RO 88 II 209.

tive de l'exploitation industrielle ou commerciale, l'autre à la théorie de l'intérêt subjectif du membre.

En 1964, notre haute cour rétablit la jurisprudence des années 1934-1962, en déclarant que l'association appartenant au domaine économique n'a un but économique que si elle exerce elle-même une industrie en la forme commerciale. C'est dans l'arrêt Alex Martin c. Association suisse des fabricants de cigarettes que le Tribunal fédéral a trouvé l'occasion de ce revirement [36]. L'arrêt précise qu'« une association n'a un but économique ... que si elle exerce elle-même une industrie en la forme commerciale. La sécurité du droit et la cohérence de l'ordre juridique commandent de rétablir l'ancienne jurisprudence qui substituait au critère légal du but celui des moyens ».

La jurisprudence n'est pas aussi fluctuante qu'elle le paraît. Si le Tribunal fédéral a donné jusqu'en 1934 sa préférence au critère de l'intérêt subjectif du membre, c'est pour la bonne raison qu'il n'avait pas encore dû apprécier le caractère économique d'une association appartenant au monde des affaires, c'est-à-dire d'une association du type des organisations professionnelles et des cartels. Depuis 1934, la jurisprudence est constante, sauf l'accident Miniera, qui ne rompait cependant pas complètement avec le critère de l'appartenance au monde des affaires, puisqu'il concluait que le but d'une corporation est de nature économique, lorsqu'il consiste exclusivement en l'exercice de cette industrie et dans l'encaissement des recettes qui en proviennent.

Le but des sociétés anonymes qui « n'est pas de nature économique »

En l'absence d'une définition satisfaisante, dans le Code civil comme dans le Code des obligations, de l'adjectif économique et de son antonyme, la distinction pose un problème de limite. L'exposé de doctrine a montré que les théories divergeaient et qu'un critère décisif suscitant un large assentiment n'avait encore pu être trouvé. Quant à la jurisprudence du Tribunal fédéral, elle penche pour la théorie de l'appartenance au monde des affaires, rejoignant par là les intentions du législateur.

Si, dans le domaine des associations, la nécessité d'une distinction entre l'économique et le non économique est évidente, elle l'est moins dans le cadre des sociétés anonymes, que le Code des obligations autorise à poursuivre l'un ou l'autre but. Pour l'association, la difficulté réside dans la distinction artificiellement créée entre l'économique et le non économique,

[36] JT 1965 I 201 = RO 90 II 333.

distinction qui n'a, malheureusement, pas été accompagnée des définitions nécessaires. Le problème consiste à déterminer les critères dont va dépendre l'application de régimes différents. Pour la société anonyme, la difficulté est inverse, à savoir qu'il n'y a qu'un seul régime applicable à des sociétés régies par des principes différents. C'est pour cela, qu'au-delà de la simple curiosité intellectuelle, l'article 620 al. 3 CO retient l'attention. En figurant dans une partie exclusivement réservée aux sociétés commerciales et à la société coopérative, il pose le problème de l'adaptation d'un droit, essentiellement destiné à régir des sociétés commerciales, à des sociétés qui ne poursuivent plus un but économique. On peut, en effet, poser, à propos de ces sociétés, un certain nombre de questions touchant, entre autres objets, à la responsabilité des actionnaires, à la sécurité des créanciers sociaux, aux droits acquis, etc., l'application de certaines règles étant même remise en question.

Il convient, avant de passer en revue ces différentes questions, de trouver une définition de la société anonyme dont le but n'est pas de nature économique. Dans le cadre des associations, les auteurs ont tous adopté le même point de départ, à savoir les réglementations différentes auxquelles sont respectivement soumises les associations et les sociétés du CO, pour trouver l'élément caractérisant leur but non économique. Malgré les résultats divergents auxquels cette démarche les a conduits, celle-ci reste valable : elle est la conséquence de l'absence d'une définition de l'adjectif économique.

Les critères retenus dans l'exposé de doctrine précédent, pour distinguer l'association à but économique des autres associations, se ramènent en fait à deux, à savoir l'appartenance au monde des affaires et l'intérêt subjectif du membre, ces critères étant pris séparément, conjointement ou alternativement.

A nos yeux, ces deux critères sont propres à l'association; ils sont le fruit de la seule analyse des articles du Code civil, aucun parallèle n'ayant été tiré avec les sociétés anonymes, où le terme économique est pourtant aussi utilisé.

Les raisons de faire la distinction entre l'économique et le non économique étant différentes dans l'association et dans la société anonyme, les critères à prendre en considération pourront l'être aussi. L'appartenance au monde des affaires apparaît automatiquement dans l'association comme un critère distinctif possible. Dans la société anonyme, il n'en va pas de même. Nous estimons que la société anonyme peut toujours, en raison de son inscription constitutive obligatoire au Registre du commerce, exercer une activité dans le monde des affaires et poursuivre simultanément un but non économique. C'est d'ailleurs l'hypothèse que nous retenons dans le cadre de notre sujet.

Quant au critère de l'intérêt subjectif du membre, il est par trop vague pour être accepté sans restriction. Dès l'instant où nous devons trouver une définition a posteriori de la société anonyme à but non économique, nous devons, comme l'ont fait avant nous ceux qui se sont penchés sur l'association, nous appuyer sur le type de société envisagée par le législateur, et cela au travers des dispositions légales existantes. A cet examen, on constate d'emblée que, dans le cadre de l'intérêt subjectif du membre, le dividende constitue l'une des caractéristiques principales de la société anonyme. Son absence ou son exclusion statutaire, couverte par l'al. 3 de l'art. 620 CO, donne déjà à la société anonyme une autre teinte.

On ne peut nier au dividende son caractère économique. Il représente la participation de chaque actionnaire au profit, lui-même réalisé le plus souvent par une activité dans le monde des affaires. Ce dividende fait l'objet d'un certain nombre de dispositions qui tendent, de manière équilibrée, à protéger, à la fois, les droits des créanciers sociaux et ceux des actionnaires. Il s'agit essentiellement de dispositions relatives à la réserve légale et aux droits acquis de l'actionnaire. De même que l'absence de gain et d'activité dans le monde des affaires est l'élément caractéristique de l'association, de même faut-il considérer le dividende comme l'une des notions essentielles de la société anonyme typique ou à but économique. La renonciation au dividende, pour une société anonyme, lui confère immédiatement un caractère atypique, synonyme de « nature non économique », pour reprendre les termes de l'art. 620 al. 3 CO.

Cette définition très restrictive de l'adjectif économique laisse naturellement la porte ouverte à une définition très extensive de la notion contraire, que l'on formulera de la manière suivante : une société anonyme n'est pas de nature économique, au sens de l'alinéa 3 de l'art. 620 CO, lorsqu'elle poursuit un but idéal ou coopératif ; l'adjectif idéal qualifie à la fois le mobile altruiste des membres et les activités politiques, religieuses, scientifiques, artistiques, de bienfaisance, de récréation ou autres de la société, telles qu'elles sont définies à l'art. 60 CC ; l'adjectif coopératif sera réservé aux sociétés anonymes qui tendent à satisfaire gratuitement ou à un prix d'ores et déjà réduit, sans intention de gain, les intérêts économiques de ses membres.

En définissant le but non économique de la société anonyme de cette manière, nous sommes en complète contradiction avec Meier-Hayoz et Forstmoser, qui spécifient que lucratif n'est pas synonyme d'économique et que toute société qui poursuit le but de procurer à ses membres des avantages économiques est déjà de nature économique [37]. Leur point de vue est

[37] Forstmoser Peter et Meier-Hayoz Arthur, *op. cit.* p. 89 à 92 et 179.

purement subjectif. Quant à nous, nous ne croyons pas possible de prétendre qu'une société immobilière, qui a pour but de fournir à la population des loyers modérés, poursuive un but non économique, alors que, si cette même société réservait cet avantage à ses propres actionnaires, elle poursuivrait un but économique. Dans les deux hypothèses, il y a un avantage économique certain ! C'est la raison pour laquelle nous nous refusons à nous placer sur un plan philosophique général, pour nous en tenir au cas particulier de la société anonyme, à laquelle notre définition est seule applicable, rappelons-le.

En définissant les buts économique et non économique de la sorte, nous faisons appel à la théorie du double but, qui distingue l'exercice d'une activité déterminée à titre de premier but, de la satisfaction matérielle ou immatérielle des intérêts de l'actionnaire à titre de deuxième but. C'est finalement faute d'une meilleure expression légale que nous attribuons une portée si grande à l'alinéa 3 de l'art. 620 CO. Il faut insister sur le fait que la définition des adjectifs économique et non économique aurait dû précéder la réglementation légale et être uniforme dans le droit civil et dans le droit des obligations.

Pour conclure et au risque de prêter le flanc à la critique, nous comprendrons le « but qui n'est pas de nature économique » au sens de l'art. 620 al. 3 CO comme un but idéal ou coopératif, c'est-à-dire qui n'implique pas la rétribution du capital investi par une distribution de dividendes.

CHAPITRE II

LA SÉCURITÉ DES CRÉANCIERS

La sécurité des créanciers est l'un des principaux problèmes posé par l'application du code aux sociétés anonymes qui ne sont pas de nature économique. Si la recherche du profit est le but premier et simultanément la motivation de la direction de l'entreprise, elle constitue aussi l'un des éléments de base de la confiance des créanciers sociaux. Il convient donc, lorsqu'une société renonce à tout profit, d'étudier si cette confiance n'est pas ébranlée et quels sont les moyens susceptibles de redonner aux créanciers sociaux les assurances qu'ils méritent.

Renoncer au profit, c'est aussi ne plus être obligé de constituer de réserve légale, facteur appréciable de sécurité pour les créanciers. Il est donc logique de rappeler le rôle des réserves, afin de mieux mesurer les effets de la disparition de cette obligation. Sans préjuger la portée de l'absence de la réserve légale dans les sociétés anonymes à but non lucratif, il est utile de revenir sur le sens et les raisons de l'irresponsabilité légale de l'actionnaire et d'étudier les principes ou les procédés qui la limitent et plus précisément les procédés du « Durchgriff » et de la société double, qui pourraient servir de garanties supplémentaires aux créanciers.

Les réserves des sociétés anonymes à but non économique

La nécessité de créer des réserves est liée au principe de l'irresponsabilité de l'actionnaire, principe qui, s'il favorise celui-ci, est défavorable au créancier social. C'est pourquoi le droit suisse ménage un supplément au capital social, en obligeant toutes les sociétés anonymes à constituer une réserve légale, destinée à améliorer d'autant la sécurité des créanciers. L'article 671 CO, qui impose à toute société anonyme bouclant son exercice annuel par un excédent d'actif, de constituer une réserve légale, représente le minimum de précautions imposé aux administrations. Aussi, le texte légal limite-t-il l'emploi de cette réserve à la couverture de pertes bilancières et à la prise de mesures permettant à l'entreprise de se maintenir en temps d'exploitation déficitaire, d'éviter le chômage ou d'en atténuer les conséquences.

Comme le relève de Senarclens, on peut considérer cette obligation légale « comme une mesure d'utilité publique, car la prospérité d'un pays est tributaire de la sécurité et de la solvabilité de ses entreprises » [1]. Or, cette mesure d'utilité publique ne trouvant plus d'application dans les sociétés à but non économique, faute de bénéfice, il est bien nécessaire de trouver d'autres moyens de garantir les créances sociales. Il est vrai, cependant, que l'idée première de l'industriel, lorsqu'il constitue des fonds de réserve statutaires ou extraordinaires, n'est pas d'offrir aux créanciers sociaux une garantie supplémentaire, mais répond d'abord à d'autres impératifs prioritaires, qui n'ont pas échappé à Folliet ; celui-ci voit dans les réserves : « ... des bénéfices que la société ne distribue pas, et qu'elle conserve pour faire face, soit à des pertes éventuelles, soit à des dépenses prévues ou imprévues, soit encore pour assurer une certaine fixité dans la distribution des dividendes. » [2]

En d'autres termes, si les réserves ont pour premier rôle d'assurer la sécurité de l'entreprise, elles contribuent aussi à son développement harmonieux, en lui conférant son indépendance par le biais de l'autofinancement. L'administration prudente d'une société conduira par conséquent automatiquement à la constitution de fonds de réserve dépassant souvent largement les minima imposés par l'art. 671 CO et rehaussera simultanément son crédit aux yeux des créanciers.

En raison de cette prudence, dont les sociétés anonymes à but non économique font en général preuve au même titre que les autres, les créanciers de ces sociétés n'ont pas trop à craindre du fait qu'elles puissent se soustraire à la disposition de l'art. 671 CO. Ils auront en revanche tout à craindre d'une administration qui ne respectera pas les règles de ce que nous appellerons le jeu social, en ne constituant pas des réserves dont l'utilité n'est plus à démontrer.

Le principe de l'irresponsabilité de l'actionnaire

A) *Définition et terminologie*

Art. 620, al. 2 CO : « Les actionnaires ne sont tenus que des prestations statutaires et ne répondent pas personnellement des dettes sociales. »

---

[1] de Senarclens Jean. *Les réserves des sociétés anonymes.* Thèse Genève, 1943, p. 129.

[2] Folliet Edouard. *Le bilan dans les sociétés anonymes.* VIe édition, Lausanne 1969, p. 310 et 311.

Art. 680, al. 1 CO : « Les actionnaires ne peuvent être tenus, même par les statuts, à des prestations excédant le montant fixé, lors de l'émission, pour l'acquisition de leurs titres. »

Ces deux dispositions posent le principe de l'irresponsabilité de l'actionnaire ; d'un point de vue interne, les versements à la société sont limités au montant fixé lors de l'émission ; d'un point de vue externe, l'actionnaire ne peut être tenu d'effectuer des versements supplémentaires à l'intention des créanciers de la société ou destinés à couvrir des pertes bilancières [3]. L'expression « irresponsabilité de l'actionnaire », qui vient d'être utilisée, est plus exacte que l'expresion « responsabilité limitée de l'actionnaire » fréquemment employée aussi bien en français que dans d'autres langues [4].

Tant que l'actionnaire n'a pas libéré entièrement ses actions, son patrimoine garantit le paiement du solde dû, s'il venait à refuser de s'exécuter. Dès l'instant où sa souscription est entièrement libérée, l'actionnaire ne peut être contraint, par un tiers ou par la société, de souscrire d'autres engagements; c'est pourquoi, une fois les actions entièrement libérées par l'actionnaire, l'expression de « responsabilité limitée » ne peut plus être utilisée. Lorsque l'actionnaire reçoit des prestations indues de la société, sa responsabilité n'est pas engagée envers les créanciers mais seulement envers la société ; selon l'art. 678 CO, l'actionnaire est bel et bien tenu à restitution envers la société. Le créancier qui voudrait voir restituer ces sommes, doit attaquer la société, intermédiaire nécessaire entre lui et l'actionnaire.

En raison de sa plus grande précision, le mot irresponsabilité devrait donc se substituer à l'expression « responsabilité limitée ».

B) *Sa portée*

Lors de sa souscription, le futur actionnaire s'engage à contribuer pour une plus ou moins grande partie à la constitution du capital social. Si, comme le permet le droit de la société anonyme, le capital n'est que partiellement libéré, l'actionnaire reste naturellement tenu pour le solde de sa souscription [5]. Le solde débiteur de l'actionnaire ne représente que la partie

---

[3] Schluep Walter-René. *Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht.* Thèse Saint-Gall, 1955, p. 193 et 194.

[4] en italien : responsabilità limitata. — en allemand : beschränkte Haftung. — en anglais : liability limited.

[5] art. 633 CO.

restant due sur la dette régulièrement contractée et ne constitue par conséquent pas un versement supplémentaire.

Lorsque le prix d'émission est supérieur à la valeur nominale du titre, l'actionnaire effectue une sorte de prestation supplémentaire, qui n'est pas considérée comme telle par la loi, puisqu'elle est comprise dans le prix d'émission prévu par les statuts [6]. Le cas est fréquent lors d'une augmentation de capital avec émission d'actions nouvelles ; l'agio ou la prime, qui représente la différence entre la valeur réelle du titre et sa valeur nominale, sert indirectement a indemniser les anciens actionnaires.

Les intérêts moratoires et peines conventionnelles, quant à eux, ne sont que la conséquence de la demeure du sociétaire et sont compris dans ce que nous pourrions appeler la responsabilité interne de l'actionnaire avant l'exécution complète de ses engagements [7].

Il existe encore des clauses statutaires de sociétés anonymes obligeant les actionnaires à des prestations supplémentaires, du type de celles de la « Gesellschaft schweizerischer Metzgermeister für Haut- und Talgwertung » [8] (obligation de livrer chaque année une certaine quantité de peaux et de suif à la société). Pourtant, la limitation de la responsabilité de l'actionnaire au montant de la part au capital social qu'il a souscrite, a pour effet d'interdire à la société de le contraindre à prendre d'autres engagements envers elle, contrairement au droit de la coopérative, qui permet l'insertion d'une telle clause dans ses statuts [9]. Cette interdiction légale ne souffre aucune entorse [10] ; ni une décision de l'assemblée générale, ni l'existence d'une clause statutaire contraire ne peuvent obliger l'actionnaire à effectuer des prestations supplémentaires en faveur de la société.

---

[6] Meyer Otto. *Des versements supplémentaires des actionnaires.* Thèse Lausanne, 1935, p. 112 ss. — Naegeli Werner. *Der Grundsatz der beschränkten Beitragspflicht, insbesondere der Ausschluss der Nachschusspflicht im Aktienrecht.* Thèse Zurich, 1948, p. 53. — Schluep Walter-René, *op. cit.* p. 194.

[7] Meyer Otto, *op. cit.* p. 115 ; Naegeli Werner, *op. cit.* p. 54 ; Schluep Walter-René, *op. cit.* p. 194.

[8] JT 1899 I 507 = RO 25 II 14. Le § 12 des statuts de la société en cause prévoyait : « Dagegen verpflichtet der Besitz von Aktien regelmässig zur Lieferung von Talg, Häuten und Fellen gemäss den Bestimmungen des von der Generalversammlung feststellenden Reglementes und der besonderen Verpflichtungscheine. Demgemäss sollen Gesellschaftsaktien vorzugsweise nur an solche und im Verhältnis ihrer Lieferungszusicherung ausgegeben werden, welche zugleich Lieferanten sind. Ausnahmsweise kann der Verwaltungsrat auch die Ausgabe von Aktien ohne Lieferungspflicht beschliessen und in einzelnen Fällen mit Bezug auf dieselbe Dispensation eintreten lassen. »

[9] art. 833 al. 1 ch. 5 CO.

[10] Naegeli Werner, *op. cit.* p. 106. — Weiss Gottfried. *Die nicht entziehbaren Rechte des Aktionärs.* RSJ 39 (1942/43) p. 515 et 536.

Elle n'exclut cependant pas la possibilité pour l'actionnaire de faire des dons à la société et de passer avec elle des contrats à titre onéreux qu'il pourrait aussi bien conclure avec des tiers. Tout le monde s'accorde à reconnaître la validité fondamentale de ces comportements volontaires, pour autant qu'aucune contrainte ne soit exercée à l'encontre de l'actionnaire [11]. Il s'agira, la plupart du temps, de contrats de vente et d'achat, ou d'apports supplémentaires en argent destinés à améliorer une situation financière précaire. Ce procédé rapide, discret et peu coûteux, n'est guère utilisé que dans les petites sociétés, sociétés familiales et les cartels. Un de ses principaux avantages est que l'utilisation des fonds ainsi obtenus est libre, c'est-à-dire qu'aucune prescription légale ne force la société à les comptabiliser dans les réserves légales, bien qu'une proposition dans ce sens ait été faite dans le projet de loi révisant les titres XXIV à XXXIII du CO du 21 février 1928 à son article 672, chapitre 3. Le Conseil fédéral, dans son message, se demandait « si l'attribution des versements supplémentaires au fond de réserves passerait réellement dans le domaine de la pratique ». Il se posait la question à juste titre, puisque les Chambres biffèrent ce troisième alinéa lors du débat sur le projet de loi [12].

Plus discutable est le fait pour la société, qui se heurte à l'incompréhension de ses sociétaires, de recourir à des moyens de pression économiques indirects. Il lui suffit, en effet, de faire miroiter aux hésitants des avantages — auxquels ils ne peuvent que difficilement résister, de peur de voir leur situation se dégrader encore plus — pour qu'ils acceptent, apparemment en toute liberté, les propositions qui leur sont faites. Le choix des moyens est grand, mais les plus fréquemment utilisés sont l'émission de bons de jouissance ou la conversion d'actions ordinaires en actions privilégiées. La commission d'experts, dans son rapport, le Conseil fédéral, dans son message de 1928, ont condamné de tels procédés, estimant qu'ils représentaient une atteinte inadmissible au principe de l'irresponsabilité de l'actionnaire [13].

---

[11] Meyer Otto, *op. cit.* p. 131. — Naegeli Werner, *op. cit.* p. 54 s. et 103. — Wieland Alfred. *Die Sanierung von Aktiengesellschaften unter Anwendung von Zuzahlungszwang.* RSJ 39 (1942/43) p. 438.

[12] Bulletin sténographique CE 1931, p. 389 s.

[13] Procès-verbal de la commission d'experts, p. 229 : A une proposition d'Alfred Wieland d'admettre les versements supplémentaires : « Ich stelle daher den Antrag, es seien die Zuzahlungen als statthaft zu erklären und es sei eine Redaktion zu wählen, welche keine Zweifel darüber aufkommen lässt, dass auch die Zuzahlung in dem Sinne zulässig ist, dass der Aktionär zwischen der Leitung der Zuzahlung und einer Schmälerung seiner Rechte die Wahl hat. » Sträuli répondait : « Der Grundsatz von Art. 696 E. II (Art. 633 OR), wonach der Aktionär nicht schuldig ist, zu den Zwecken der Gesellschaft und zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten mehr beizutragen als den für den Bezug einer Aktie bei deren Ausgabe von der Gesellschaft festgesetzten Betrag, bildet einen Fundamentalsatz

Cette opinion n'a malheureusement pas été reprise dans le texte légal et n'est pas partagée par la doctrine, qui se prononce quasiment à l'unanimité pour la validité du procédé, aussi longtemps que la société respecte les conditions suivantes :

i) la situation financière de la société est mauvaise ;

ii) le principe de l'égalité de traitement des actionnaires est respecté ; c'est-à-dire que la possibilité d'effectuer des versements supplémentaires est ouverte à tous ;

iii) les avantages accordés restent dans un rapport raisonnable avec les prestations demandées.

Selon ces auteurs, c'est à ces trois conditions seulement que l'atteinte au principe de l'irresponsabilité de l'actionnaire est acceptable et la contrainte admissible [14].

En conclusion, le principe de l'irresponsabilité de l'actionnaire interdit à la société d'exiger de ses sociétaires des prestations excédant le montant fixé lors de l'émission des actions et empêche les créanciers d'attaquer directement les actionnaires, au civil comme au pénal, pour des manquements de la société à ses obligations, mais il n'exclut pas pour autant le droit de l'actionnaire de traiter contractuellement et librement avec la société dont il est membre. En d'autres termes, si le droit de la société anonyme, dans son contexte actuel, a pour but d'organiser cette forme de société, de régler les

---

des Aktienrechtes. Diesen Fundamentalsatz will der Antrag Wieland durchbrechen, denn danach können die Aktionäre, wenn auch nicht rechtlich, so doch faktisch gezwungen werden, mehr zu leisten. »

La proposition Wieland fut repoussée par 12 voix contre 5.

Message p. 33 : « Au sein de la commission d'experts, la proposition a été faite de déclarer admissibles les versements supplémentaires opérés de plein gré sans qu'il en résulte une augmentation du capital social, soit pour assurer des avantages à leurs actions, soit pour prévenir une diminution de leurs droits. La commission a écarté cette proposition dans laquelle elle voyait une atteinte à la règle fondamentale selon laquelle l'actionnaire n'est pas tenu de contribuer à la réalisation du but de l'entreprise et à l'exécution des engagements sociaux dans une mesure excédant le montant que la société fixe, lors de l'émission, pour l'acquisition de ses titres. » — Bulletin sténographique CE 1931, p. 365.

[14] Curti Arthur. *Aktiengesellschaft und Holdinggesellschaft in der Schweiz.* Berlin 1930, p. 70. — Meyer Otto, *op. cit.* p. 172 s. — Naegeli Werner, *op. cit.* p. 172. — Schucany Emil. *Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht.* Zurich 1940, art. 680 Nr. 2. — Siegwart Alfred. *Kommentar zum ZGB V*; Bd *Obligationenrecht*, 5. Teil: *Die Aktiengesellschaft* a) *Allgemeine Bestimmungen (art. 620-659).* Zurich 1945, art. 620 Nr. 30. - Wieland Alfred, *op. cit.* p. 439 et 443, et *Kritisches zum Kapitel der Grundkapitalveränderungen nach dem neuen Aktienrecht.* RDS 57 (1938) p. 8 s. — Weiss Gottfried, *op. cit.* p. 536.

rapports entre les différents partenaires et plus particulièrement de protéger les actionnaires et les créanciers contre des agissements non autorisés de la société, il ne va pas jusqu'à interdire la conclusion de contrats entre elle et l'actionnaire.

Le principe de l'irresponsabilité de l'actionnaire constitue encore l'une des caractéristiques essentielles de la société anonyme et a pour effet de faire passer au second plan l'*intuitus personae* au profit de l'*intuitus pecuniae.*

C) *Ses justifications*

Si un axiome juridique à la base de tout rapport de droit veut que chacun soit responsable de ses propres actes, il est respecté dans le cadre de la société anonyme, dans le mesure où la responsabilité de l'actionnaire se limite au montant qu'il paie une fois pour toutes lors de la souscription ou de l'achat d'une partie du capital social [15]. Il ne faut pas oublier que la société anonyme est une entité juridique indépendante de ses membres et que ses affaires sont dirigées par les mandataires des actionnaires, les administrateurs. Eux seuls sont responsables devant la loi pour les actes de la société qu'ils ont accepté de gérer, et cela malgré le fait qu'ils soient élus et reçoivent décharge de leur mandat des actionnaires réunis en assemblée générale.

« Cette solution se justifie parfois par le fait que la participation relative de chacun des actionnaires au capital social étant infime, son vote et par conséquent la possibilité d'influencer les affaires sociales sont de même insignifiants. » [16]

On peut considérer comme un principe d'équité, que la responsabilité personnelle de l'actionnaire soit estimée selon l'étendue des pouvoirs d'action qui peut effectivement lui être imputée.

D'un examen très sommaire des autres sociétés commerciales, se confirme le sentiment qu'il existe une corrélation entre la participation des associés à la gestion et leur responsabilité; la meilleure preuve en est la société en commandite où coexistent deux types d'associés, ceux qui participent à l'administration et les autres, dont la participation se limite à l'apport d'une

---

[15] « In gesunden wirtschaftlichen Verhältnissen soll jeder die Konsequenzen seiner Handlungen persönlich tragen » : ainsi s'exprimait Scherer au Conseil national lors des délibérations sur l'introduction de la S. à r. l. Bulletin sténographique 1934, p. 734.

[16] Naegeli Werner, *op. cit.* p. 36. — Caflisch Silvio. *Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschat im Recht der Aktiengesellschaft.* Thèse Zurich, 1961, p. 32.

certaine somme d'argent; la responsabilité des premiers est toujours illimitée, celle des seconds, réduite au montant de leur apport. En d'autres termes, seul l'associé administrateur engage sa responsabilité pleine et entière, tandis que les autres restent au bénéfice d'une responsabilité limitée. L'axiome énoncé précédemment est ainsi confirmé. Il est finalement juste que la personne dont la participation à la gestion est réduite à la portion congrue, qui n'influence que dans une faible mesure la conduite des affaires sociales, voie sa responsabilité dégagée [17].

Toutefois, il faut bien admettre que, par la création de sociétés anonymes à un seul actionnaire ou à quelques actionnaires seulement, on s'est écarté de l'image traditionnelle de la société anonyme donnée par le code, ce qui aurait dû remettre en question le principe de l'irresponsabilité de l'actionnaire, dont le pouvoir d'action est dans ces sociétés-là bien réel; or, on constate que le principe continue d'être respecté, ce qui nous fait dire qu'il s'est détaché de son origine (le grand nombre d'actionnaires et l'absence de pouvoir d'influence qui en résulte) pour se rattacher de manière automatique à l'institution de la SA. Comme le dit à juste titre Petitpierre-Sauvain, « la responsabilité limitée n'est, en fait, inséparable que d'une certaine forme idéale de société anonyme, « la société anonyme typique » devenue relativement rare. On invoque alors, pour justifier la responsabilité limitée et en faire un attribut inhérent à la qualité de la SA, un principe qui la ferait résulter de la personnalité morale indépendante de la société » [18].

A l'origine du principe de l'irresponsabilité de l'actionnaire, il y a aussi la négociabilité de l'action. Si, à l'achat d'un titre, l'actionnaire devait engager sa responsabilité de manière illimitée ou devait promettre d'effectuer des versements supplémentaires, dont il ne connaît ni le montant ni l'échéance, la possibilité de revendre son action serait rendue quasiment impossible ; seul le titre, qui peut être obtenu par le versement unique d'une somme déterminée, sans que son acheteur s'expose à encourir des charges supplémentaires, est vraiment négociable [19]. Instituer une responsabilité de l'actionnaire revient à ôter toute signification au caractère cessible de l'action et risque d'imposer à l'actionnaire l'obligation de couvrir indéfiniment le déficit. Il n'est pas inutile de rappeler que la cessibilité des actions des sociétés anonymes est un des piliers du système capitaliste actuel et qu'elle donne aux sociétés, dont l'importance économique n'est plus à

---

[17] Naegeli Werner, *op. cit.* p. 42.

[18] Petitpierre-Sauvain Anne. *Droit des sociétés et groupes de sociétés.* Genève 1972. p. 53.

[19] Naegeli Werner, *op. cit.* p. 40.

démontrer, la possibilité de se procurer de l'argent auprès d'un nombre indéterminé de personnes ayant réussi à épargner un certain capital et souhaitant en retirer un profit. Le recours à l'irresponsabilité de l'actionnaire permet d'éviter que les acheteurs d'actions ne découvrent brusquement, qu'à raison de cet achat, ils assument des engagements jusqu'alors inconnus d'eux et imprévisibles [20]. Instituer le principe contraire conduirait à diminuer notablement le nombre des personnes susceptibles et désireuses d'engager leurs capitaux dans des sociétés anonymes et irait en sens inverse de l'évolution qui se dessine aujourd'hui vers une plus grande accessibilité de la propriété des moyens de production aux revenus moyens ou modestes.

D) *Conclusion*

Pour protéger les intérêts des créanciers d'une société anonyme à but non lucratif contre les risques plus grands que celle-ci leur fait courir par la possibilité qu'elles ont de distribuer des libéralités à des tiers ou à leurs propres sociétaires et de réduire le profit à zéro, l'introduction pure et simple de la responsabilité illimitée de l'actionnaire ne serait pas la bonne solution et n'apporterait pas l'amélioration souhaitée: en rendant le sociétaire codébiteur des dettes de la société, tout en limitant ses possibilités de transférer son titre pour les sociétés anonymes de l'art. 620, al. 3, on arriverait purement et simplement à en supprimer l'utilisation à des fins philanthropiques. Dans ce cas on peut se poser la question s'il ne vaudrait pas mieux supprimer l'alinéa 3 de l'art. 620 CO. Nous aimerions, avant de répondre à cette question, étudier d'autres moyens de garantie qui sont récemment apparus dans la doctrine. La notion du « Durchgriff » par exemple, qui pose le problème d'une éventuelle responsabilité supplémentaire de l'actionnaire en raison de circonstances particulières, pourrait constituer une solution, mais la doctrine reste partagée à son sujet et à celui des « circonstances particulières » qui restent une notion encore bien vague [21].

---

[20] Gilliard François. *Tendances coopératives dans la société anonyme,* dans « Lebendiges Aktienrecht », Festgabe zum 70. Geburtstag von Wolfhart Friedrich Bürgi. Zurich 1971, p. 153.

[21] cf. notamment la thèse déjà citée de Naegeli Werner, celle de Caflisch Silvio, déjà citée elle aussi, l'ouvrage de Serick Rolf, *Rechtsform und Realität juristischer Personen,* Berlin et Tubingue 1955, et de Woernle Günter, *Die organähnliche Haftung des machtausübenden Hauptaktionärs gegenüber Gläubigern des abhängigen Aktiengesellschaft.* Thèse Lausanne, 1970.

Le « Durchgriff »

A) *Le problème*

Le « Durchgriff » est une atteinte au principe de l'irresponsabilité de l'actionnaire. Il autorise les tiers, en raison de circonstances particulières, à s'en prendre directement à l'actionnaire en lieu et place de la société et de son administration, pour des obligations régulièrement contractées ou des actes illicites commis par elle [22]. Cette notion nouvelle répond à deux grandes tendances :

— supprimer les abus et

— donner aux sociétés dites atypiques, telle que la société anonyme à un seul actionnaire, un statut particulier en matière de responsabilité.

C'est de la première tendance que dérivent toutes les décisions jurisprudentielles concernant les sociétés fictives, l'abus de droit, la responsabilité délictuelle de l'actionnaire et toutes celles basées sur des considérations d'équité et de bonne foi. La théorie du « Durchgriff » se heurte cependant à la difficulté majeure suivante: il est à craindre que toute entorse apportée au principe de la personne morale douée de personnalité juridique et juridiquement distincte de ses membres, ne porte une atteinte irrémédiable aux formes juridiques garanties par la loi et ne crée un climat d'insécurité, dans lequel le justiciable ne saura trop à qui se fier, à la loi, au juge, aux circonstances ou à sa bonne étoile. L'institution de la personne morale risque d'en être dévalorisée. Afin de trouver un juste équilibre entre les postulats de la sécurité juridique et de la justice, il s'agit de garantir aux utilisateurs d'une forme juridique prévue et réglementée par la loi, l'application des règles auxquelles ils ont décidé de se soumettre, tout en leur imposant à l'avance certaines conditions à respecter, s'ils ne veulent pas que des modifications soient apportées au statut de leur responsabilité.

Un grand nombre d'auteurs se sont déjà attelés à l'étude des cas où une exception au principe de l'irresponsabilité devrait être admise. Leurs points de vue, malheureusement, diffèrent. Certains se contentent de pures considérations économiques, d'autres cherchent le motif juridique particulier qui ouvre la voie au « Durchgriff », telle que la violation d'une disposition légale de la société anonyme. En fait, la plupart d'entre eux ne parviennent pas à rendre compte de tous les cas où une telle extension s'impose. Le

[22] La notion de « Durchgriff », c'est principalement cela mais pas exclusivement. En fait, le terme allemand signifie ne plus observer le principe de la différence des personnalités juridiques entre la société et ses membres. L'extension de la responsabilité aux sociétaires est un cas particulier de cette notion, certains auteurs l'appelant alors « Haftungsdurchgriff ». Cf. notamment Bauschke Hans-Joachim. *Durchgriff bei juristischen Personnen,* dans BB Nr. 29 du 20 octobre 1975, Heidelberg, p. 1322 ss.

recours à des considérants d'ordre économique aussi bien qu'à des considérants d'ordre juridique se retrouve aussi dans la jurisprudence, qui n'apporte en aucun cas les éclaircissements souhaités. C'est pour cette raison et par souci de clarté que nous tenterons de manière systématique d'établir:

i) si la seule existence de sociétés anonymes atypiques autorise à modifier les règles du droit de la société anonyme ;

ii) si des considérations purement économiques peuvent conduire au non-respect du principe de la séparation légale entre société et sociétaire ;

iii) si le recours au « Durchgriff » est possible, lorsqu'il y a conflit entre l'application d'une norme légale particulière, ayant pour but de résoudre un conflit d'intérêt donné, et les conséquences juridiques générales liées à la constitution régulière d'institutions juridiques prévues par le législateur. Il s'agit par exemple du conflit entre le principe de la séparation des personnalités d'une société dominante et d'une société dominée et la règle, qui veut qu'une société ne peut exercer le droit de vote attaché à ses propres actions (art. 659, al. 5 CO), au cas où la société dominée serait titulaire d'actions de la société dominante.

Une fois cet examen effectué, il sera plus aisé de mettre ces hypothèses en relation avec la société anonyme à but non économique et d'en dégager une solution qui tienne compte à la fois de la bonne foi des créanciers et de celle des actionnaires.

B) *Les différentes sources du « Durchgriff »*

a) *Sociétés anonymes atypiques*

Comme nous l'avons dit plus haut, le recours à la forme de la société anonyme, pour des sociétés d'un type très différent de celui envisagé par le législateur, pose le problème de l'application des règles établies pour un type idéal de société à d'autres sociétés ayant choisi la même forme, mais recouvrant des réalités très différentes. Ce qui importe le plus, c'est que les dispositions impératives du droit soient respectées. Mais il faut se demander si ces dispositions peuvent trouver une application modifiée, en raison des circonstances particulières du cas et des résultats inéquitables auxquels un respect aveugle de celles-ci pourrait conduire. Prenons l'exemple de la société anonyme à un seul actionnaire, en mains duquel se trouve tout pouvoir de décision : l'exclusion de la responsabilité personnelle de l'unique actionnaire se justifie-t-elle, n'est-elle pas plutôt inéquitable ?

Un des cas d'atypisme le plus frappant est bien celui du petit nombre des actionnaires. L'art. 2362 du Code civil italien prévoit, « qu'en cas

d'insolvabilité de la société, l'actionnaire répond de façon illimitée des obligations contractées pendant la période où il a, seul, détenu toutes les actions ». Le droit civil italien a voulu rétablir un certain équilibre au sein de la société anonyme, rendant sans effet l'usage par un entrepreneur individuel d'un moyen d'éluder la responsabilité personnelle. Cette solution est critiquable à maints égards, puisque, à la base de l'irresponsabilité de l'actionnaire, il n'y a pas seulement la pluralité des actionnaires, mais surtout l'absence de pouvoirs de gestion, des considérations d'ordre économique tendant à rendre plus facile la constitution du capital et la personnalité de la société, distincte de celle de l'actionnaire. Aussi, malgré l'existence d'une société anonyme à un seul actionnaire, ce dernier ne peut-il agir à sa guise au sein de la société et reste-t-il soumis à un certain nombre de normes contraignantes, qui n'ont pas d'équivalent pour les personnes physiques et qui sont autant de garanties supplémentaires pour les créanciers sociaux.

Enfin, le recours à l'homme de paille rend toutes précautions législatives inutiles. Il devient alors extrêmement difficile de juger car, ou bien la loi est appliquée à la lettre, ce qui revient à ne plus l'appliquer, ou bien on l'interprète et l'interprétation large conduit à l'insécurité, parce qu'on reconnaît alors une responsabilité illimitée à l'actionnaire majoritaire ou à l'actionnaire souverain. En fait, le critère du nombre des actionnaires, pour étendre la responsabilité, n'est pas suffisant et a toujours été complété par un recours aux notions de l'abus de droit, de la fraude à la loi ou au contraire de la bonne foi.

Un autre type de société suscite des controverses, la filiale, qui peut être sacrifiée au profit de l'intérêt d'un groupe. Son autonomie est aussi réduite dans un grand nombre de domaines et particulièrement dans le domaine financier, où le groupe trouve différentes formes de répartition et de redistribution du bénéfice, tels que des contrats d'assistance technique ou de licences, etc... Or, c'est en cela que les créanciers risquent de perdre certaines garanties patrimoniales. Le problème essentiel est celui de l'intégrité du capital social et des réserves légales, intégrité avec laquelle la responsabilité est en étroite relation : c'est seulement si une atteinte est portée à cette intégrité qu'l y aura alors lieu d'étendre la responsabilité pour les dettes sociales au-delà de la société elle-même. Les créanciers restent attachés à la filiale par la persistance de sa personnalité, alors que des transferts occultes d'actifs se produisent entre elle et le groupe qui la contrôle, d'où un certain déséquilibre. Un courant qui tend à mieux protéger les créanciers, en étendant la responsabilité au sein des groupes, se fait sentir en Europe mais ne s'est pas encore matérialisé en Suisse, où les moyens à disposition restent ceux des articles 2 CC, 754 CO et 288 LP. Toutefois, la nécessité d'une disposition spéciale sur la responsabilité de la société dominante a été

récemment reprise par Anne Petitpierre-Sauvain: elle envisage la possibilité d'une responsabilité subsidiaire de la société dominante qui pourrait être écartée, si celle-ci apportait la preuve libératoire « que certaines dettes n'ont pas été librement contractées par la filiale ou que des circonstances imprévisibles et étrangères à la marche normale des affaires ou de l'économie locale ont entraîné la faillite de la filiale » [23].

Pour revenir à la question de la responsabilité de l'actionnaire unique, bon nombre d'auteurs ont répondu par l'affirmative, en prétendant que, s'il y avait contradiction entre la forme de la société et son contenu, il n'y avait plus de raison de vouloir absolument appliquer les prescriptions légales, qui seraient de la sorte détournées de leur but [24]. Schönle, qui a cherché à déterminer quand les règles, applicables à la société anonyme idéale, le sont encore à la société anonyme à un seul actionnaire, s'en tient à cette manière de voir [25]. Il en a dégagé un critère essentiel, celui de l'équivalence des intérêts : si les rapports de force et d'intérêt d'une situation donnée correspondent à ceux que le législateur a voulu réglementer, les règles légales s'appliquent, sinon elles ne s'appliquent plus. Müller-Erzbach arrive aux mêmes conclusions [26].

Notre haute cour a parfois cédé à cette nouvelle tendance: dans l'arrêt Gruen Watch MFG Co. SA contre Groupement des fournisseurs d'horlogerie, marché suisse, le Tribunal fédéral a appliqué par analogie à une association à but économique les règles de la coopérative [27]. La doctrine a fait remarquer avec raison que, in casu, seules les règles de la société simple étaient applicables et que le TF n'avait pas le droit d'interpréter à sa guise les dispositions légales [28]. Il aurait dû tenir compte à la fois de l'art. 59 al. 2 CC et de l'art. 530 al. 2 CO, puisque toutes les conditions n'étaient pas

---

[23] Petitpierre-Sauvain Anne, *op. cit.* p. 148. Par la première condition, l'auteur pense avant tout à des dettes résultant de mesures étatiques de nature confiscatoire ou pénale, qui ne devraient pouvoir être étendues à des sujets de droit qui ne sont pas placés sous la souveraineté des Etats qui les édictent.

[24] cf. notamment Sibert Wolfgang : *Das Wesen der Rechtsfähigkeit privatrechtlicher Personenverbände.* DJZ 40 (1935) p. 721 et 722.

[25] Schönle Herbert. *Die Einmann- und Strohmanngesellschaft unter besonderer Berücksichtigung der Fiducia.* Thèse Fribourg, 1957 p. 66 s., et *Die Rechtstellung des Aktiengesellschafters einer Einmann-AG.* SAS 32 (1960) p. 111 s.

[26] Müller-Erzbach Rudolf. *Die Rechtswissenschaft im Umbau, ihr Vordringen zu den bestimmenden Elementen des Zusammenlebens.* Munich 1950, p. 33, 60 et 92, et *Das Erfassen des Rechts aus den Elementen des Zusammenlebens.* AcP 154 (1955) p. 342 s.

[27] JT 1957 I 202 = RO 82 II 292 — solution identique dans RO 76 II 281 = JT 1951 I 226.

[28] Junod Charles-André. *Note à l'arrêt RO 82 II 292.* SJ 1957, p. 91 s. — Merz Hans. *Bedeutsame Entwicklung der bundesgerichtlichen Boycottrechtsprechung.* RSJ 52 (1956), p. 321 s. — Secrétan Roger, *op. cit.* — von Steiger Fritz. *Verein zu wirtschaftli-*

remplies pour constater l'existence d'une autre forme de société. Faire fi des règles légales, pour en modifier l'application selon les circonstances, a pour effet de créer un climat d'insécurité qui dévalorise les institutions juridiques. Il vaut dès lors mieux renoncer à modifier les règles légales pour le seul motif de l'existence d'une société anonyme atypique car, comme le rappelle Jäggi, le législateur suisse ne s'est pas soucié de maintenir le type légal de la société anonyme à l'état pur, comme il l'a fait par exemple pour la coopérative [29]. Il suffit qu'un petit nombre d'éléments essentiels soient réunis, pour qu'un groupement de personnes puisse se constituer en société anonyme. Ce fait a pour corollaire une garantie du maintien et du respect des dispositions légales, à moins que notre droit ne connaisse une réglementation spéciale pour des situations particulières, ce qui n'est pas encore le cas [30]. Il faut associer à ces principes d'application des principes d'interprétation; le juge ne doit pas être libre d'interpréter à sa guise les prescriptions légales. Là aussi, il est obligé de s'en tenir à une sorte de type idéal, pour dégager les intentions du législateur et trouver une solution conforme à sa volonté présumée [31]. Dès lors, il faut admettre que rien ne justifie des dispositions légales nouvelles dans ce domaine, même pour des sociétés atypiques, car, dans leur fonctionnement normal, elles ne se distinguent pas suffisamment des sociétés anonymes typiques.

Il est toutefois des cas où l'application servile des prescriptions légales conduit à des injustices. C'est pour cette raison qu'il faut déterminer quelles sont les limites mises par notre droit à l'utilisation d'une institution juridique. La loi qui autoriserait une utilisation illimitée des institutions juridiques, serait en contradiction avec elle-même; elle ne doit permettre leur utilisation que lorsque celles-ci respectent les principes qu'elle contient [32] : ces conditions sont triples [33].

1) Il faut satisfaire aux exigences minimums posées par la loi.

2) Il faut respecter le principe selon lequel l'institution juridique choisie ne peut avoir pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs [34].

---

chen Zwecken ? Recht auf Mitgliedschaft ? SAS 29 (1956/57), p. 129 s. — von Steiger Werner. *Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes im Jahre 1956.* Gesellschaftsrecht RSJB 94 (1958), p. 95 s.

[29] Jäggi Peter. *Ungelöste Fragen des Aktienrechts.* SAS 31 (1958/59), p. 67 s.

[30] cf. la SA à un seul actionnaire du droit italien.

[31] Jäggi Peter, *op. cit.* p. 70.

[32] Tuor Peter. *Das schweizerische Zivilgesetzbuch.* 6. Aufl. Zurich 1953, p. 44.

[33] Caflisch Silvio, *op. cit.* p. 159 s.

[34] art. 20 al. 1 CO.

3) Il est interdit de faire d'une institution juridique une utilisation contraire aux fins pour lesquelles elle a été établie ; tel est le cas lorsque cette utilisation constitue un abus de droit ou un cas de fraude à la loi.

Tout emploi d'un cadre social en dehors du cadre habituel ne constitue pas en soi une utilisation contraire à la loi. On parlera d'utilisation contraire à la loi lorsque l'existence d'une société anonyme atypique servira à obtenir des résultats que la loi réprime, ce qui sera le cas chaque fois que l'utilisation de la société anonyme servira à éluder d'autres dispositions légales ou que le fait d'invoquer l'existence de la société, personne morale distincte de ses membres, constituera un abus de droit, c'est-à-dire portera préjudice à ses créanciers ou violera trop sérieusement la ratio legis. Telle est la position adoptée par le Tribunal fédéral, qui déroge au principe de l'indépendance juridique de la personne morale, notamment en ce qui concerne les rapports juridiques du fondateur ou de l'unique actionnaire (société mère) à l'égard des tiers, lorsque l'exigent les règles de la bonne foi en affaires [35]. Traiter différemment une société anonyme atypique d'une société anonyme typique ne se justifie que si les limites que nous venons d'indiquer sont dépassées. L'arrêt Société anonyme des produits CIRA c. Ruttimann nous le confirme en disant que, lorsqu'il y a identité économique, « on ne peut pas s'en tenir sans réserves à l'existence formelle de deux personnes juridiques : la société et l'actionnaire ». On doit admettre leur identité « chaque fois que le fait d'invoquer la diversité de sujets constituerait un abus de droit ou aurait pour effet une violation manifeste d'intérêts légitimes » [36].

b) *La théorie économique*

Il s'agit d'une théorie qui prend essentiellement en considération des éléments économiques tels que la confusion de patrimoine, la capitalisation insuffisante, la confusion des administrations et directions, etc., pour admettre une application modifiée des règles légales, par exemple lorsque des contradictions surgissent entre une forme juridique de société déterminée et sa réalité économique [37]. La société anonyme idéale, en tant que personne morale, est titulaire de droits et d'obligations qui ne peuvent se confondre avec ceux des actionnaires ou de tiers. Elle est donc juridiquement indépendante mais souvent économiquement dépendante. L'indépendance

---

[35] JT 1946 I 270 = RO 71 II 272: cause Hüssnig c. Plica AG et Rohrfabrik Rüschlikon AG.

[36] JT 1947 I 117 = RO 72 II 67.

[37] Petitpierre-Sauvain Anne, *op. cit.* p. 68 à 79.

juridique de la société doit-elle alors être sacrifiée à l'unité de fait résultant de la dépendance économique ? Telle est la question. Il est difficile de déterminer les limites de l'indépendance juridique de la personne morale, car se pose alors la nouvelle question de savoir de quelle manière l'antinomie entre l'équité et la sécurité du droit doit être résolue ou, pour l'exprimer autrement, à quelles conditions certaines caractéristiques des institutions juridiques peuvent être écartées pour atteindre un résultat plus juste. Une telle situation se rencontre, par exemple, dans les « Konzern » où la société mère détient la majorité du capital des filiales qui lui sont soumises. Selon les partisans de la théorie économique, dans les cas où l'identité économique entre personne dominante et personnes dominées est démontrée, un correctif doit être trouvé, avec l'idée qu'à une situation économique unique doit correspondre une certaine unité juridique. Mais l'inobservation de l'indépendance juridique de la personne morale, c'est-à-dire des principes de l'exclusion de la responsabilité de l'actionnaire pour les dettes de la société, du partage des fonctions et du mode démocratique et capitaliste de la formation de la volonté, ne doit cependant être autorisée que dans des cas exceptionnels. Isay, dans sa théorie unitaire, a tenté de franchir le pas en considérant, avec raison d'ailleurs, qu'il ne fallait pas s'en tenir à un formalisme juridique exagéré [38]. En franchissant ce pas, il en arrive cependant à exiger du droit qu'il soit malléable au point de s'adapter au changement des circonstances économiques et qu'il se modifie de cas en cas en devenant un droit dynamique. Ainsi, dans l'hypothèse d'une société dominée et d'une société dominante, il ne ferait plus de distinction entre elles et les considérerait comme un tout, contrairement à la loi qui les distingue encore l'une de l'autre [39]. Même si la souplesse du droit de la société anonyme a autorisé la constitution de sociétés anonymes qui s'éloignent sensiblement de l'idée que s'en était faite à l'époque le législateur, une telle théorie n'est pas défendable puisqu'elle ôte à la société anonyme tous les éléments de base nécessaires à la plus élémentaire sécurité juridique [40]. Délier le juge de son devoir de s'en tenir à la loi, pour l'autoriser à baser son jugement sur des motifs économiques et utilitaires, aura le même effet. Enfin, la loi n'impose nulle part qu'à une séparation formelle corresponde une séparation matérielle absolue.

---

[38] Isay Rudolf. *Das Recht am Unternehmen.* Berlin 1910, p. 87 s.

[39] Rosset P.-R. *Unité économique ou diversité juridique.* Wirtschaft und Recht 5 (1953) p. 9 : « le droit doit être l'expression de la vie et il doit permettre son développement harmonieux. Sinon il n'est plus le droit. »

[40] Caflisch Silvio, *op. cit.* p. 181. — Bürgi Wolfhart. *Kommentar zur Aktiengesellschaft.* Zurich 1957 Art. 691 Nr. 10, et *Wandlungen im Wesen der juristischen Person.* Staat und Wirtschaft, Festgabe für Hans Nawiasky. Einsiedeln-Zurich-Cologne 1950, p. 251 et 258. — Serick Rolf. *Durchgriffsprobleme.* Heft 42 der Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe. Karlsruhe 1959, p. 19 ss.

Mais, comme on ne peut toujours faire fi des réalités économiques, sous peine de se voir amené à cautionner des résultats inéquitables et injustes, se pose la question des principes qui, dans certaines limites, permettront de prendre en considération les données économiques du cas. Ces principes doivent trouver un juste milieu entre un résultat juste et la sécurité juridique, c'est-à-dire entre une estimation aussi juste que possible des intérêts qui s'opposent et le respect de certaines règles fondamentales, sans lequel toute institution juridique donnée perdrait de son sens et sans lequel naîtrait un désordre certain. L'inobservation d'une forme juridique peut être exceptionnellement permise, s'il apparaît impérieux de confondre personne dominante et personne dominée [41].

C'est ainsi que sont apparues de plus en plus fréquemment dans la littérature juridique allemande et américaine des expressions telles que : « Durchgriff auf die hinter der juristischen Person stehenden Menschen ; Beiseiteschieben der Kulisse ; Durchstossen des Schleiers der juristischen Person »; ou en anglais: « on to pierce the veil of personality; to disregard the legal entity ; to disregard the corporate fiction ; to override the fiction », expressions signifiant toutes que, dans certains cas, la façade juridique n'est plus déterminante et que seules, au contraire, les réalités qu'elle cache le deviennent. Si l'intention en est claire, plus ardue est la voie qui conduit à fixer la limite à partir de laquelle le « Durchgriff » est autorisé. Il suffit pour s'en convaincre de rappeler que chacun doit pouvoir se fier au droit et à ses principes ; selon les règles de la société anonyme, chacun s'attend au respect du principe de la séparation juridique entre sociétés et sociétaires. Or, cette confiance sera diminuée chaque fois que l'on tolérera une exception aux règles légales en permettant, par exemple, aux créanciers sociaux de s'en prendre directement aux actionnaires. Les défenseurs d'une théorie économique estiment pourtant leur raisonnement suffisamment fondé pour permettre le « Durchgriff » et admettent ainsi une dérogation au principe de l'irresponsabilité de l'actionnaire. Pour des raisons de sécurité juridique, les seules considérations économiques ne peuvent pas, par elles-mêmes, autoriser l'inobservation de la personnalité juridique de la société,

---

[41] Bürgi Wolfhart. *Wandlungen, op. cit.* p. 253. — Caflisch Silvio, *op. cit.* p. 210 et 211. — Egger August. 2. Aufl., *op. cit.* art. 52 Nr. 6. — Frankenberg Philipp. *Die konzermässige Abhängigkeit.* Thèse Zurich, 1937, p. 136. — Naegeli Eduard, *op. cit.* I 7 p. 195 s. et 323. — Serick Rolf. *Rechtsform und Realität juristischer Personen.* Nr. 26 der Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht. Berlin et Tubingue 1955, p. 3. — Siegwart Alfred. *Kommentar zum OR. Die Aktiengesellschaft.* Zurich 1945, Einleitung Nr. 164. — von Steiger Werner. *Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz.* RDS 62 (1943) p. 273 a et 277 a. — Weiss Gottfried. *Kommentar zum OR Bd. VII 2. Abt. Das Aktienrecht 1 Lieferung, Einleitung.* Berne 1953, Nr. 345.

mais doivent être accompagnées d'un motif juridique qui, la plupart du temps, sera l'abus de droit. Pour établir la responsabilité de la personne dominante, il faudra par exemple apporter la preuve qu'elle a abusé de sa position de force dans la société dominée en lésant les créanciers sociaux par des manipulations malhonnêtes. C'est cette pratique fermement établie que respecte le Tribunal fédéral, lequel ne tient plus compte de la personnalité de la société dépendante lorsqu'elle est utilisée pour éluder la loi ou que cela constitue un abus de droit.

Trois cas jurisprudentiels touchant la société anonyme à actionnaire unique en donnent une excellente illustration :

cause Lüthi Rose c. Schweizerische Spar- und Kreditbank et dame Trepp [42] :

— *faits :* remise en nantissement à une banque de deux cédules hypothécaires par une société anonyme (STABAG) et refus de la banque de reconnaître un nouveau droit de gage sur ces titres, constitué par l'actionnaire unique (Dunz) de ladite société en faveur d'un tiers.

— *droit :* le Tribunal fédéral considère que « c'est à tort que le demandeur croit pouvoir considérer Dunz et la STABAG comme une seule personne. Même si Dunz était non seulement administrateur unique mais aussi seul actionnaire de la STABAG, il faudrait distinguer clairement entre lui et la société comme sujets de droits différents dans leurs rapports avec les créanciers », en ajoutant que « c'est avec raison et nullement en abusant de leur droit d'une façon interdite par l'article 2 al. 2 CC, que les défendeurs ont invoqué l'absence d'une possession personnelle de Dunz et l'impossiblité consécutive du demandeur de devenir possesseur du gage ».

cause Wurm c. LIBAG AG [43] :

— *faits :* cautionnement d'une société anonyme par son actionnaire unique.

— *droit :* le Tribunal fédéral réaffirme le principe de la personnalité juridique de la société anonyme à un seul actionnaire mais en fait abstraction lorsque, eu égard à l'identité économique qui existe entre la société et l'unique ou le principal actionnaire, le principe de la bonne foi en affaires l'exige, attitude qui s'explique par les circonstances particulières du cas : « aussi bien la débitrice principale Silva-Plastic, que la créan-

[42] JT 1956 I 174 = RO 81 II 345.

[43] JT 1956 I 491 = RO 81 II 455.

cière cessionnaire LIBAG sont des sociétés formées par une seule personne, dans lesquelles le pouvoir de disposer de l'entreprise appartient exclusivement soit au seul, soit au principal actionnaire, celui-ci s'identifie économiquement à la société parce que leurs sphères d'intérêts se confondent entièrement. Une telle société ne constitue pas économiquement parlant une entité économique indépendante, mais est un simple instrument entre les mains du seul ou principal actionnaire, à la volonté duquel elle est soumise.

Si le demandeur Wurm était condamné à payer sa part à la dette de cautionnement qui est actuellement due à LIBAG, elle aurait, après avoir payé, un droit de recours contre la débitrice principale Silva-Plastic AG. Mais celle-ci est de nouveau économiquement parlant Wild lui-même. D'où il suivrait que Wild devrait, par le truchement de Silva-Plastic, rembourser au demandeur ce qu'il aurait reçu de celui-ci par le truchement de Libag. » L'acquisition d'une créance de prêt de la banque contre l'entreprise de fabrication Silva-Plastic n'entrant évidemment pas dans le cercle de l'activité commerciale ordinaire de Libag, « si elle a acquis cette créance, c'est uniquement dans l'intérêt de son principal actionnaire Wild en lui permettant d'agir contre sa co-caution Wurm et, au cas où celle-ci ne serait pas en mesure de s'acquitter, de l'amortir économiquement. Un procédé qui peut n'avoir pas d'autre but que celui-là ne mérite pas la protection de la loi. Le cautionnement d'une société anonyme par son actionnaire unique doit être considéré, en raison de l'identité économique de la caution avec le débiteur principal, comme un engagement assuré dans son propre intérêt ».

cause Muri c. Lebedkin [44] :

— *faits :* compensation d'une dette envers une société anonyme à actionnaire unique avec une créance contre l'actionnaire unique.

— *droit :* le recours à l'abus de droit est à nouveau mis en évidence dans cet arrêt : « celui qui se prévaut de l'indépendance juridique de la société anonyme par rapport à son actionnaire unique ne commet pas nécessairement un abus de droit, même si, en fait, l'actionnaire unique disposait librement de la société pour ses affaires personnelles. Il faut, pour qu'il y ait abus de droit, qu'il existe des circonstances exceptionnelles dans lesquelles l'application d'une certaine norme de droit serait contraire aux règles de la bonne foi. »

[44] JT 1960 I 19 = RO 85 II 114.

Il faut donc rejeter cette théorie, comme nous l'avons fait pour celle qui tendait à démontrer que le développement atypique d'une forme de société anonyme suffisait à entraîner la modification des règles légales applicables, ces deux théories étant d'ailleurs très proches l'une de l'autre [45].

Un certain nombre d'auteurs se rattachent indirectement à la théorie économique en basant leur argumentation sur l'équité, or celle-ci doit nécessairement tenir compte des réalités économiques, ce qui a pour effet qu'ils s'associent involontairement aux défenseurs de cette dernière; leurs conclusions sont semblables et, dans un cas comme dans l'autre, la sécurité du droit n'y trouve pas son compte [46]. Il arrive qu'il y ait, dans certaines circonstances, contradiction entre l'attitude présente et passée de l'actionnaire, constitutive d'un abus du droit à l'irresponsabilité, lorsque celui-ci invoque, par exemple, une séparation formelle dont il ne s'est guère soucié auparavant, puisqu'il a lui-même créé une unité avec la société qu'il domine. Cependant, tenir un tel raisonnement n'est pas un mode de penser purement économique mais plutôt l'application logique de l'article 2 CC [47].

Le Tribunal fédéral, dans la cause Suchard Holding SA contre Bureau fédéral de la propriété intellectuelle du 29 novembre 1949, s'était rattaché à une théorie de l'unité, sans réaliser, semble-t-il, la portée de sa décision, laquelle pouvait conduire à dévaloriser la société anonyme comme personne morale indépendante [48]. Suchard SA, transformée depuis 1947 en Suchard Holding SA, avait cédé la marque VITACO à une société fille Chocolat Suchard SA et désirait, pour différents motifs, rentrer en possession de la dite marque. Son enregistrement lui fut refusé par le Bureau fédéral de la propriété industrielle pour le motif que ni l'entreprise ni une partie de son entreprise ne lui avait été cédée conformément à l'article 11 al. 1 LMF. L'entreprise Holding n'exerçant aucune industrie propre, elle ne pouvait l'utiliser elle-même et aurait, pour ce fait, dû recourir aux services de sa filiale. D'autre part, en ajoutant qu'elle n'exploiterait pas elle-même la

---

[45] Sont de cet avis dans le cas des rapports entre société dominante et société dominée : Capitaine Georges. *Le statut des sociétés holdings en Suisse.* RDS 62 (1943), p. 44 a. — Frankenberg Philipp, *op. cit.* p. 138. — Schluep Walter-René, *op. cit.* p. 244. — Serick Rolf. *Rechtsform, op. cit.* p. 22 et *Durchgriffsprobleme, op. cit.* p. 13. — Siegwart Alfred, *op. cit.* Einl. Nr. 164. — Tobler Ernst. *Die Haftungsverhältnisse bei verbundenen Unternehmen.* Thèse Berne, 1948, p. 39. — Vacheron Jean. *Essai sur l'usage abusif de la société anonyme en droit suisse.* Thèse Lausanne, 1949, p. 85. — Weiss Gottfried, *op. cit.* Nr. 344.

[46] Entre autres auteurs : Wieland Carl. *Handelsrecht.* 2 Bd. Munich et Leipzig 1931, p. 381. — Egger August. 2. Aufl. *op. cit.* art. 52 Nr. 6. — Wolf Elias. *Konzernrechtliche Bemerkungen anlässlich einer bundesgerichtlichen Steuerentscheides.* SAS 7 (1934/35), p. 28.

[47] cf. p. 50 et 51.

[48] JT 1950 I 475 (résumé d'arrêt) = RO 75 I 340.

marque, elle s'exposait au danger qu'un tiers lui intentât l'action en radiation pour défaut d'usage. Il s'agissait donc de savoir si la société Holding pouvait invoquer le fait que la marque VITACO était utilisée par sa filiale Suchard SA. « L'Assemblée fédérale a préféré faire de l'article 6 bis, qui consacre le système des marques, dites de « Konzern », un article distinct, pour souligner que ces marques exigeaient d'être prises en considération à d'autres points de vue encore qu'en ce qui concerne leur enregistrement, cela pour laisser la porte ouverte aux initiatives de la jurisprudence. Le rapporteur au Conseil national a envisagé la possibilité que la maison affiliée la plus récente se prévale, à l'égard des tiers, de l'usage plus ancien par une autre maison affiliée, et aussi que la maison affiliée attaquant le contrefacteur lui réclame le dommage causé à tout le « Konzern ». Le législateur reconnaissait cependant que la solidarité existant entre membres du même groupement peut et doit, en matière de marques, produire des effets qui, *stricto jure,* seraient justifiés seulement par l'existence d'une unité juridique. Cette solidarité implique en tout cas que l'usage par l'une des maisons affiliées profite à toutes celles au nom desquelles la marque est enregistrée, et elle fait ainsi échec à une action en radiation fondée sur l'art. 9 LMF contre la maison qui n'utilise pas la marque. L'art. 6 bis LMF ne trouve pas application en l'espèce puisque la marque VITACO est ou ne sera enregistrée qu'au seul nom de la holding mais il n'en reste pas moins que Chocolat Suchard est avec Suchard Holding dans des rapports semblables à ceux qui existent entre deux membres d'un cartel, leurs liens étant même plus étroits encore. En soi, la recourante devrait donc pouvoir se prévaloir de l'usage de la marque par la société de fabrication et — à supposer que cette marque eût été enregistrée au nom de la holding et le fût demeurée — elle devrait pouvoir, comme le membre d'un « Konzern », résister victorieusement à l'action en radiation pour non-usage. La même raison de solidarité économique demande qu'elle puisse invoquer le caractère industriel de sa filiale. Il est artificiel de ne pas reconnaître la qualité d'industriel ou de producteur à une holding qui ne se présente pas comme une société de placement ou de financement, mais uniquement comme une société de contrôle industriel ayant pour but principal de réunir les intérêts de différentes entreprises appartenant au même groupe industriel et de rationaliser leur production, tout en leur assurant les moyens financiers nécessaires. En prêtant à chacune des entreprises auxquelles elle s'intéresse le concours de ses dirigeants et de ses services centraux, la holding exerce au sens large une activité d'industriel ou de producteur qui devrait lui permettre de se mettre au bénéfice de l'art. 7 LMF.

A tout le moins convient-il d'appliquer par analogie l'art. 7 bis LMF au cas de la holding industrielle qui entend faire enregistrer en son nom des

marques individuelles pour en concéder les licences à ses sociétés alliées. Du point de vue de la réalité économique, une telle holding se présente comme la réunion de toutes ses sociétés de fabrication. En tant que celles-ci sont effectivement dominées par la holding, tout se passe comme si elles étaient des membres de la société qui les contrôle. La situation de ces sociétés, qui exploitent les entreprises fabriquant les produits munis des marques inscrites au nom de la holding, est à cet égard analogue à celle des industriels, producteurs ou commerçants qui font partie d'une collectivité au sens de l'art. 7 bis et qui utilisent, en vertu de leur qualité de membres, une marque collective déposée par la collectivité, celle-ci n'exploitant pas elle-même d'entreprise. En conséquence, il convient en principe d'admettre les sociétés holdings à faire enregistrer en leur nom propre des marques de fabrique ou de commerce, sans qu'elles aient besoin d'exploiter elles-mêmes directement une entreprise ou un commerce, l'usage fait d'une marque par les sociétés affiliées devant être assimilé à son emploi par la société holding. » Telle fut la décision du Tribunal fédéral, qui ne reconnaît cependant ce droit qu'aux holdings qui ont le caractère de sociétés de contrôle industrielles, à l'exclusion des sociétés de financement.

Si la solution donnée au problème en cause peut être considérée comme satisfaisante, sinon en droit strict, du moins en fait, il convient cependant de relever que le Tribunal fédéral, tout en se défendant de faire œuvre d'économiste et en affirmant parfois donner la priorité au juridique sur l'économique, fait intervenir de trop nombreux éléments strictement économiques. Dans un arrêt précédent, S et consorts contre Société anonyme X, il avait pourtant précisé : « l'élément économique dans la question de la dépendance de deux ou de plusieurs entreprises n'est la plupart du temps que le reflet de la situation juridique. Et c'est celle-ci qui doit en fin de compte être déterminante... » [49] La confusion de la jurisprudence provient du fait qu'un choix s'impose dès l'instant où il y a opposition ou divergence entre la situation économique et la situation juridique, et que ce choix est rendu plus difficile par le fait que le droit positif ne correspond plus entièrement à certaines formes de l'entreprise moderne. Ainsi, avec une vie économique de plus en plus changeante et un appareil législatif de plus en plus lourd, le fossé entre le monde juridique et économique se creuse de jour en jour.

Malgré cela, autoriser le « Durchgriff » en se basant sur des seuls critères économiques n'est pas une solution satisfaisante, ceux-ci ne présentant pas la même netteté et la même sûreté que des critères juridiques [50]. Il ne

[49] JT 1947 I 167 = RO 72 II 275.

[50] Penard Maurice. *Les filiales — personnalités juridiques indépendantes dans le cadre d'une unité économique.* SAS 33 (1960/61) p. 13.

s'agit pas de nier que les dispositions sur la sauvegarde du patrimoine social et son indépendance soient primordiales dans la société anonyme et que certaines situations méritent une attention particulière, par exemple lorsqu'une société exerce une activité à grand pourcentage de risques, sans disposer d'un capital permettant leur couverture, mais le recours à l'abus de droit et à la théorie de la confiance semble une fois de plus donner la seule réponse possible aux préoccupations qui ont inspiré la théorie du « Durchgriff ».

c) *L'inobservation d'une seule disposition légale suffit-elle à autoriser le recours au « Durchgriff » ?*

S'il faut renoncer aux théories pourtant attrayantes de Müller-Erzbach et de Schönle, pour qui l'atypisme d'une société anonyme suffit à justifier des dérogations à certaines dispositions légales, il est de même préférable de renoncer à baser le « Durchgriff » sur un raisonnement purement économique en raison de l'imperfection de ce système et du danger qu'il fait encourir à l'édifice juridique. Il s'agit de trouver un autre fondement juridique. Le droit de la société anonyme étant constitué d'un certain nombre de règles caractéristiques, il est naturel de chercher cette justification dans leur respect et de se poser la question de savoir si le fait qu'une société anonyme atypique porte atteinte à l'esprit d'une seule de ces dispositions, suffit à ce que d'autres règles, elles aussi caractéristiques, ne soient plus appliquées, telle celle qui veut que l'actionnaire ne réponde pas personnellement des dettes sociales (art. 620 al. 2 CO).

Le problème est complexe, car il s'agit de déterminer à partir de quand se justifie en droit l'inobservation des effets juridiques liés à la constitution régulière d'une société, pour corriger un résultat injuste. Cela revient à résoudre le conflit entre le maintien de la disposition légale, qui règle des rapports internes ou externes de la société et l'existence de l'institution juridique, à laquelle sont liés légalement d'autres effets, qui resteraient lettre morte si la norme particulière venait à être maintenue. La préférence doit-elle être donnée à l'esprit de la norme particulière ou vaut-il mieux, au contraire, sauvegarder la confiance que peut avoir l'individu en une institution juridique donnée ? Le cas d'école de la société dominée, propriétaire d'actions de la société dominante, peut servir d'exemple, On sait que l'une des caractéristiques de la société anonyme en droit suisse réside dans le principe de la séparation entre société et actionnaires, c'est-à-dire dans le principe de leur personnalité distincte. La loi n'interdit cependant pas la constitution de sociétés entièrement dominées et leur reconnaît la personnalité morale, leur rendant par conséquent applicables toutes les règles du droit de la société anonyme. Or l'existence de deux sociétés distinctes, mais forte-

ment imbriquées l'une dans l'autre, peut servir de moyen d'éluder l'article 659 al. 5 CO, qui interdit à toute société détentrice de ses propres actions, de les représenter à l'assemblée générale: si d'aventure la filiale détient des titres de la société mère, elle pourra participer à l'assemblée générale et y voter selon les instructions qu'elle aura préalablement reçues de la société qui la contrôle. Cet état de fait est-il une raison suffisante pour ne plus tenir compte de la personnalité juridique de la société dominée, dans le rapport donné, ou faut-il encore par exemple, que toutes les conditions d'une fraude à la loi soient réunies ? Un certain nombre d'auteurs se sont ralliés à l'opinion selon laquelle la violation de l'esprit d'un seul article autorise à ne plus tenir compte, dans une situation déterminée, des deux personnalités distinctes. W. von Steiger, par exemple, admet, dans la situation décrite ci-dessus, que la violation de l'article 659 al. 5 CO qui va en résulter, est un motif suffisant pour interdire à la société dominée de représenter les titres qu'elle possède à l'assemblée générale de la société dominante, faisant fi de l'indépendance juridique de la filiale vis-à-vis de la société mère [51]. Frankenberg avait déjà exprimé la même opinion [52]. Schluep est d'un avis identique [53]. Serick l'admet lorsque des normes, qui ne sont plus applicables dans un cas particulier, sont d'une importance telle que leur rôle ne peut être ignoré [54].

Plus acceptable, cependant, nous paraît être la théorie de Caflisch, qui n'estime pas l'inobservation d'une seule disposition légale suffisante pour écarter d'autres effets juridiques consécutifs à la constitution régulière d'une société [55]. Lorsque quelqu'un fait un usage légitime d'une forme de société, il doit pouvoir se prévaloir des effets consécutifs à cette utilisation, même si une disposition légale n'est plus applicable dans le cas particulier, la protection de la loi ne lui étant retirée que si son usage constitue un abus de droit ou sert à éluder cette règle particulière. Selon Caflisch, l'utilisation d'une forme de société n'est discutable que lorsqu'elle heurte l'ordre juridique lui-même et non pas déjà lorsque l'esprit d'une seule disposition légale n'est plus respecté. Le « Durchgriff » ne trouve dès lors sa source que dans l'article 2 CC. Il ne suffit plus de prouver qu'une disposition légale destinée à régler un rapport juridique déterminé reste sans application dans le cas d'une société anonyme, mais il faut encore montrer qu'on a tenté d'éluder une disposition particulière ou que le maintien du rapport de droit tel qu'il

---

[51] von Steiger Werner, *op. cit. Die Rechtsverhältnisse*, p. 275 a, 289 a et 316 a rem. 221.

[52] Frankenberg Philipp, *op. cit.* p. 139.

[53] Schluep Walter-René, *op. cit.* p. 245.

[54] Serick Rolf, *op. cit. Rechtsform*, p. 208 s.

[55] Caflisch Silvio, *op. cit.* p. 171 s. et 223 s.

est constitue un abus de droit, ce qui dépendra finalement souvent d'une estimation des intérêts en présence et d'une étude poussée des circonstances propres du cas. Le but est de chercher s'il n'est pas préférable, dans l'intérêt du monde des affaires, de maintenir la situation telle qu'elle est, de crainte de porter atteinte à d'autres intérêts aussi dignes d'être protégés [56]. Nous devons pour cette raison renoncer à la théorie unitaire modifiée de W. von Steiger ainsi qu'aux opinions de Schluep, Frankenberg et Serick, qui ne tiennent compte que du rôle de la norme particulière et ignorent celui de l'ordre juridique en général. Il semble que, dans son état actuel, le droit suisse puisse s'opposer à la majorité des manœuvres qui tendraient à porter préjudice aux créanciers sociaux, le juge disposant des règles sur la bonne foi, sur la responsabilité des administrateurs et de l'action révocatoire de l'article 288 LP, avec lesquelles il lui est possible d'établir un système jurisprudentiel complet.

d) *Conclusion*

En bref nous admettons :

a) que l'existence d'une forme atypique de société anonyme ne justifie pas, à elle seule, la modification des règles de la société anonyme ;

b) que des considérations purement économiques ne permettent pas de modifier l'application du droit de la société anonyme ;

c) que le fait qu'une prescription légale ne puisse s'appliquer dans le cas d'une société anonyme atypique et que cette disposition puisse même être éludée, ne justifie pas encore une modification des effets juridiques liés à la constitution valable de la société :

d) et que dans les trois hypothèses, seul l'usage d'une société anonyme à des fins que la loi réprouve ne peut plus être protégé; il en sera ainsi chaque fois qu'elle sera utilisée pour éluder certaines disposition légales ou que le fait d'invoquer son existence constituera un abus de droit.

C) *La société anonyme à but non économique et le « Durchgriff »*

Il ne fait aucune doute, à notre esprit, que la société anonyme à but non économique est atypique, en ce sens qu'elle ne correspond plus à l'image qu'on peut se faire de la société anonyme à la lecture des articles 620 et suivants du Code des obligations; il ressort, en effet, de cette réglementation,

---

[56] Maday Denis. *Die sogenannte Gesetzumgehung insbesondere im schweizerischen Obligationenrecht.* Thèse Berne, 1931, p. 94 s. — Caflisch Silvio, *op. cit.* p. 172.

que la société anonyme a pour but premier, l'acquisition d'un profit et sa distribution aux actionnaires sous forme de dividendes, en rémunération de leur investissement. Il n'est pas besoin de longs développements pour étayer cette affirmation; la disposition du l'article 620 al. 3 CO est déjà, à ce point de vue là, déterminante; son existence donne à la société anonyme à but non économique un caractère insolite, tant elle est isolée parmi celles qui traitent de profit, de droit au dividende, de distribution de dividendes, etc... Aucune autre disposition légale ne s'y réfère, bien que la distribution de libéralités à des tiers puisse présenter autant de dangers pour les créanciers, sinon plus que la distribution de dividende aux actionnaires. Il n'est notamment pas exclu que cette distribution ait lieu avant l'établissement du bilan annuel, c'est-à-dire avant que le résultat de l'exercice écoulé ne soit connu. C'est l'existence de ce danger qui nous a conduit à rechercher comment et dans quelle mesure la protection des créanciers devait être mieux assurée. A moins de dispositions légales nouvelles sur l'octroi de libéralités aux bénéficiaires de la société anonyme à but non économique, seul l'actionnaire est en mesure d'offrir ces garanties supplémentaires aux créanciers ; or le recours à cette solution se heurte à son irresponsabilité légale. La théorie du « Durchgriff » a tenté de lever l'obstacle, en donnant aux tiers la possibilité d'attaquer directement l'actionnaire, à raison d'obligations assumées par la société anonyme ou d'actes illicites commis par elle, et en retirant au défendeur, en raison de circonstances particulières, la possibilité d'invoquer son irresponsabilité. Mais ces circonstances particulières, l'existence d'une société anonyme atypique, l'étroitesse des liens économiques entre la société et ses sociétaires, voire leur quasi-identité, et l'impossibilité d'appliquer à la lettre une disposition légale dans une situation donnée, se sont révélées insuffisantes pour permettre une telle extension de la responsabilité de l'actionnaire.

Si la société anonyme à but non économique est atypique en raison de lacunes de la loi, sa constitution n'en est pas moins autorisée et prévue par l'art. 620 al. 3 CO; elle ne devrait dès lors donner naissance à aucune nouvelle règle particulière du genre, par exemple, de celle qui déterminerait l'extension de la responsabilité des actionnaires. Le juge, de son côté, n'a pas le pouvoir, même s'il se base sur une théorie des types [57], d'essayer de trouver des compensations à cette disposition légale en étendant la responsabilité de l'actionnaire. Une telle liberté porterait atteinte à la sécurité juridique en général et à la confiance que met l'actionnaire dans son irresponsabilité légale en particulier.

---

[57] Jolidon Pierre. *Problèmes de structure dans le droit des sociétés.* RDS 87 (1968) II p. 427 ss.

Quant à la contradiction éventuelle entre l'octroi de libéralités aux bénéficiaires de la société avant la clôture de l'exercice et les dispositions des articles 671 al. 1, 674 al. 1 et 2, et 675 al. 2 CO sur les réserves et les dividendes, elle est inhérente à la possibilité donnée par l'art. 620 al. 3 CO, de créer des sociétés anonymes poursuivant des buts qui ne sont pas de nature économique ; en omettant d'établir des règles propres à ces sociétés, le législateur leur a laissé la faculté de distribuer leurs libéralités avant la clôture de l'exercice. Dans la société anonyme à but économique le dividende est lié à la réalisation préalable d'un bénéfice, la loi fixant la date à laquelle ce bénéfice peut être calculé et distribué. En renonçant au bénéfice, la SA à but non économique retrouve sa liberté mais reste naturellement soumise à la règle du bilan et des comptes annuels; elle devra respecter, à ce moment-là, l'article 671 al. 1 CO et verser un vingtième de son bénéfice net au fond de réserve légal, le solde étant à sa libre disposition. La sauvegarde des intérêts patrimoniaux des créanciers, ou du moins le respect d'un certain équilibre entre les intérêts souvent contradictoires des créanciers sociaux et des actionnaires, exigerait peut-être l'adjonction d'un nouvel alinéa à l'article 671 CO qui contraindrait la société à but non économique à consacrer à la réserve légale des montants proportionnels aux avantages retirés par ses bénéficiaires. Cette nouvelle disposition se heurtera malheureusement rapidement au fait que les créanciers ne peuvent exiger plus de ces sociétés que des sociétés à but économique qui ne réalisent pas de bénéfice et qui, par conséquent, ne constituent pas non plus de réserves. L'inapplication des articles consacrés à la constitution d'une réserve légale, qui résulte d'une distribution de libéralités antérieures à la fin de l'exercice, ne justifie pas à elle seule le recours au « Durchgriff », la société ne cherchant pas à éluder ces articles-là mais à remplir le but qu'elle s'est fixé en plein accord avec l'article 620 al. 3 CO. En revanche, si les actionnaires viennent à abuser de la société, la situation se présente différemment et les articles 2 CC, 678 et 754 CO et 288 LP constituent alors une protection, à laquelle les tiers lésés pourront avoir recours.

Que l'actionnaire puisse se soustraire aux conséquences des dangers que représente la renonciation aux gains, en invoquant son irresponsabilité, alors qu'il impose à l'administration une gestion déficitaire, est certainement inadmissible. Il est de même peu équitable d'admettre que les actionnaires fassent dépenser progressivement le capital de leur société et dégagent ensuite leur responsabilité en excipant de leur indépendance juridique vis-à-vis de la société. Tout dépend donc, en dernier ressort, de la licéité ou de l'illicéité de leur comportement, qui est condamnable lorsqu'il a pour effet de diminuer le capital social, c'est-à-dire lorsque l'actionnaire, par son fait, tente d'obtenir de la société plus qu'il n'en peut raisonnablement exiger, ce

qui implique déjà un certain pouvoir d'influence et une bonne information sur la situation réelle de l'entreprise. Cette diminution peut intervenir lors de l'assemblée générale, quand une décision est à prendre sur l'augmentation ou la diminution du prix des avantages octroyés par la société à ses actionnaires, ou lorsque les actionnaires utilisent abusivement les installations de la société. Dans ces cas-là, ils mettent en jeu leur responsabilité en ce qui concerne le dommage qu'ils causent à la société. C'est là que se situe la limite entre la libéralité dite excessive et celle qui ne l'est pas. Cela est conforme à l'art. 678 al. 1 CO, qui veut que « l'actionnaire qui a perçu indûment et de mauvaise foi des dividendes ou des intérêts intercalaires est tenu à restitution » et à l'article 754 al. 1 CO qui précise que seuls les administrateurs sont responsables de leur gestion. Dans le cas d'une société anonyme à tendance coopérative, les administrateurs et les actionnaires devront faire preuve d'une extrême prudence, afin de ne pas se voir reprocher leur manque de diligence dans la conduite des affaires sociales et cela d'autant plus qu'ils en sont les principaux bénéficiaires. En cas de faillite, seul le cas fortuit devrait pouvoir les exonérer de toute responsabilité, ce qui laissera au juge un large pouvoir d'appréciation. Les moyens ne manquent d'ailleurs pas pour mettre un frein à une gestion téméraire: les administrateurs disposent de l'action en invalidation de l'art. 706 CO et les actionnaires ont la possibilité d'intenter l'action en dissolution pour justes motifs, attitude courageuse et loyale, si l'on considère qu'ils sont les principaux bénéficiaires de l'activité sociale.

Il convient donc de ne pas tirer argument de l'atypisme de la société à but non économique ou de l'inapplication de certains articles, pour imposer à l'actionnaire une responsabilité excédant sa mise de fonds initiale, mais il convient d'apprécier à partir de quel moment il abuse de la société, compte tenu de la situation financière de celle-ci. Pour le juge, il sera relativement aisé de constater la négligence coupable des actionnaires qui, sans trop se soucier de la bonne ou mauvaise marche des affaires, auront reçu des avantages que les résultats de l'exercice présent ou des exercices précédents ne justifient pas. La solution réside alors dans l'exigence d'un juste prix — sorte de responsabilité étendue — correspondant à la valeur qu'ils auraient dû payer pour acquérir les avantages reçus jusqu'alors gratuitement ou à vil prix. A cet égard l'art. 678 CO est très clair: le législateur n'a jamais envisagé une responsabilité illimitée de l'actionnaire puisqu'il ne le force à rendre que ce qui a été perçu par lui de mauvaise foi. La responsabilité illimitée de l'actionnaire est une sanction exceptionnelle, que justifie seule la gravité de l'attitude du défendeur. C'est lors de l'appréciation de cette gravité, que le juge devra dire si les actionnaires et l'administration ont omis de manière coupable d'utiliser les moyens que la loi met à leur disposition pour

mettre fin à une gestion dangereuse. Ceci sera particulièrement valable lorsque les actionnaires sont les seuls bénéficiaires de la société. Cette solution devrait s'imposer chaque fois que l'actionnaire exigera de l'administration une gestion déficitaire, c'est-à-dire qu'il réussira à faire dépenser progressivement le capital social ou qu'il fera figurer dans les statuts une clause dans ce but. Laisser, dans ces situations-là, l'actionnaire exciper de son irresponsabilité revient à autoriser les abus les plus criants. Aussi, seule une attitude active de la part des actionnaires est en mesure de les mettre à l'abri d'une action éventuelle des créanciers.

Cette attitude prudente de l'actionnaire est l'un des éléments de la confiance des créanciers. Elle est la contrepartie de la confiance de l'actionnaire en son irresponsabilité légale. C'est pour cette raison que l'extension de la responsabilité n'est pas seulement admissible en cas d'abus de droit et de fraude à la loi, qui présupposent une attitude moralement répréhensible, mais encore lorsque la confiance des créanciers est déçue. C'est par respect pour un jeu social loyal que l'actionnaire devrait adopter cette prudente attitude.

Un autre exemple de jeu social déséquilibré est fourni par la jurisprudence américaine, qui retient le critère de la capitalisation insuffisante, inconnu de la jurisprudence suisse. Il est inconvenant, en effet, de laisser exercer à une société une activité dangereuse, sans lui donner un capital qui puisse en couvrir les risques. C'est un peu la situation en Suisse des sociétés anonymes de remontées mécaniques, qui ne disposent pas toujours d'un capital couvrant le coût des installations et les risques inhérents à leur exploitation. Or le but premier de ces sociétés n'est pas toujours celui de réaliser un profit, mais d'attirer à la station la clientèle nécessaire à son développement. Dans le cas particulier, les profits ne sont pas réalisés par la société de remontées mécaniques mais par l'hôtellerie et le commerce local, le plus souvent actionnaires de la dite société. C'est une habile manière d'échapper à ses responsabilités et seule la théorie de la confiance pourrait amener un correctif à une telle situation.

La société double

A) *Introduction*

Le « Durchgriff », dont il a été question au paragraphe précédent, représente pour certains le moyen permettant aux créanciers sociaux de s'en prendre directement aux actionnaires, sous certaines conditions. Leurs raisonnements se sont révélés toutefois insuffisants, dans la mesure tout au

moins où ils n'ont pas débouché sur la définition de critères suffisamment précis permettant de sauvegarder un minimum de sécurité juridique. Ils n'ont pu être admis que dans des situations exceptionnelles, que la législation actuelle, dans la plupart des cas, sanctionne elle aussi. On a en quelque sorte cherché midi à quatorze heures !

La naissance de la théorie du « Durchgriff » est due à la constatation que la loi, dans certaines situations particulières, n'offre plus les moyens de résoudre équitablement les conflits d'intérêts entre créanciers et actionnaires. Il est pourtant des cas où les actionnaires prévoient ces difficultés futures et s'offrent contractuellement les moyens de les résoudre; selon ce procédé, l'actionnaire s'engage par contrat ordinaire ou par contrat de société simple — auquel cas la terminologie allemande parle de Doppelgesellschaft — à effectuer en faveur de la société des prestations complémentaires. Cette solution, tout en permettant de mieux garantir les dettes de la société, malgré l'interdiction de l'art. 680 al. 1 CO, n'est pas exempte d'imperfections. Certains auteurs ont même refusé toute validité à ce système contractuel. C'est pourquoi nous allons successivement étudier la validité du procédé, ses inconvénients et les éléments étrangers qu'il introduit dans le droit de la société anonyme.

B) *Prestations supplémentaires promises contractuellement par l'actionnaire*

a) *Généralités*

La doctrine est unanime à reconnaître que l'article 680 al. 1 CO interdit toutes clauses statutaires imposant aux actionnaires l'obligation d'effectuer des prestations supplémentaires envers la société. On ne devrait dès lors plus trouver dans les statuts de clauses obligeant l'actionnaire à effectuer des prestations excédant le montant fixé pour l'acquisition de son titre, du type de celles que l'on rencontre encore fréquemment dans les prospectus des sociétés anonymes productrices d'énergie électrique ; nous citons :

« les actionnaires de la société se sont engagés à prendre livraison de la production totale d'énergie au prorata de leur participation au capital actions, ainsi qu'à payer dans la même proportion les charges annuelles qui comprennent les intérêts des emprunts et les provisions nécessaires à l'amortissement des capitaux investis ; »

ou

« chaque actionnaire s'est engagé à couvrir les charges annuelles dans la proportion de sa participation au capital actions. En contrepartie, il a droit

à une part de l'énergie produite correspondant à sa participation au capital actions. Les charges annuelles comprennent notamment les intérêts des emprunts par obligations ainsi que les provisions et amortissements nécessaires au remboursement des capitaux investis. »

Il n'est cependant nullement interdit de prendre contractuellement des engagements de ce type, mais ces engagements ont leurs limites: la couverture de toutes les créances futures reste, à titre d'exemple, impossible à assurer, car l'article 27 CC s'oppose à ce qu'une personne s'engage par contrat à payer toutes les dettes futures d'un autre sujet de droit. Seule la couverture de dettes sociales déterminées peut être garantie. Telle est la première limite.

Il en existe une seconde, en relation avec la durée du contrat; selon le Tribunal fédéral, en effet, et en accord avec la doctrine dominante, les contrats générateurs d'obligations ne peuvent être conclus ni maintenus « pour l'éternité », l'opinion contraire conduisant à une limitation de la liberté personnelle inconciliable avec l'article 27 CC [58]. Une obligation stipulée sans limite de durée est résiliable en tout temps [59]. Le Tribunal fédéral s'est toutefois récemment demandé, dans la cause Neumühle SA c. commune de Coire, si le contrat entre les deux parties était dénonçable pour les mêmes raisons étant donné que les intérêts financiers de la commune n'étaient pas sérieusement compromis par son obligation de fournir de l'énergie. C'est pourquoi, le Tribunal fédéral pense qu'on puisse « difficilement soutenir que sa liberté serait limitée dans une mesure contraire au droit ou aux mœurs par un contrat de fourniture d'énergie non résiliable ». Cela revient, dans chaque cas, à évaluer si cette liberté personnelle est limitée dans une mesure contraire au droit ou aux mœurs [60].

Lorsque la société anonyme est fondée pour une durée limitée, l'obligation pour l'actionnaire de couvrir les dettes de la société est liée à cette durée et sera compatible avec l'article 27 CC, pour autant que cette durée soit déterminée. Si l'obligation est déterminée mais la durée de l'engagement

---

[58] JT 1968 I 565 = RO 93 II 290. — JT 1973 I 80 = RO 97 II 390. — Merz Hans. *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht.* Bd. 1 *Einleitung und Personenrecht.* Berne 1966, Nr. 246 p. 295, 317 et 332. — Oser Hugo et Schönenberger Wilhelm. *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. Bd. V Nr. 20 Vorbem. zu OR 1-67 et Nr. 43 zu OR 20.* Zurich 1929. — Becker Hermann. *Obligationenrecht I Abteilung, Art. 1-183 Vorbem. zu art. 114-142 OR Nr. 9.* Berne 1941.

[59] Gierke Otto. *Dauernde Schuldverhältnisse.* Iherings Jahrbücher 64 p. 386. — Gschnitzer. *Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht.* Iherings Jahrbücher 76 p. 327. — Oser Hugo et Schönenberger Wilhelm, *op. cit. Vorbem. zu art. 114-142 OR, Nr. 6.*

[60] JT 1973 I 80 = RO 97 II 390.

indéterminée, parce que la durée de vie de la société n'est pas fixée, l'actionnaire pourra s'en libérer par dénonciation, pour autant que sa liberté personnelle soit réduite d'une manière contraire au droit et aux mœurs. On voit donc que seule une obligation d'un montant et d'une durée déterminés a quelque chance d'être compatible avec l'article 27 CC. Il faudrait, d'autre part, aussi tenir compte, lors de cette évaluation, de la disproportion possible entre les prestations de l'actionnaire et les contre-prestations de la société. Comme la durée de vie de la société n'est pas toujours fixée statutairement et que les dettes futures sont, le plus souvent, indéterminées, on voit que la portée de ces accords accessoires entre société et actionnaires est sensiblement réduite. Les créanciers auront néanmoins tout intérêt à ce que certaines dettes de la société soient garanties contractuellement, ce qui représente une garantie indirecte de leurs propres créances. Par exemple, pour assurer le succès d'emprunts d'entreprises d'intérêt public, les communautés de droit public offrent fréquemment leur caution. Cette possibilité de cautionner la société reste naturellement ouverte aux actionnaires d'une société anonyme à but non économique.

b) *Définition de la société double*

On parle de société double chaque fois que les rapports qui ne peuvent être réglés statutairement entre actionnaires sont régis par un contrat de société simple qui vient doubler la SA. On admet aussi l'existence d'une société simple lorsque tous les actionnaires, indépendamment les uns des autres, signent avec la SA une série de contrats spéciaux rigoureusement identiques [61]. Le Tribunal fédéral l'a expressément reconnu dans la cause Aktiengesellschaft Schweizerischer Kalkfabriken in Zürich c. Duvanel et Cie [62] :

« ... les contrats spéciaux conclus entre la société et chacun de ses membres à côté du contrat social, sont identiques et dépendants les uns des autres; chacun d'eux est, à la fois, le but et la raison d'être des autres. Cette solidarité, créée par l'identité des contrats spéciaux conclus par la société avec chacun des membres du syndicat, — identité qui ramène ces contrats à l'unité —, et les intérêts communs existant entre les divers co-contractants, pourrait permettre de les considérer comme ayant uni leurs efforts en vue d'atteindre un but commun et comme étant, de fait, associés au sens de l'article 524 a CO. »

---

[61] Zoelly Charles, *op. cit.* p. 113.

[62] RO 31 II 896, plus précisément p. 913.

Considérés dans leur ensemble, les contrats particuliers signés entre la société et chaque actionnaire constituent une société simple embrassant la société par actions et l'ensemble des actionnaires, ainsi que le Tribunal fédéral l'admet dans le même arrêt. Comme l'existence de la société anonyme est intimement liée à celle de la société simple et que la nature de ces deux sociétés est différente, la première étant une société de capitaux, la seconde une société de personnes, il en résulte de très grosses difficultés pratiques, dont nous parlerons par la suite, après avoir examiné la question de la validité de la société double, procédé auquel Zoelly dénie toute valeur.

c) *De l'invalidité de la société double*

L'essentiel de la démonstration de Zoelly repose sur les trois arguments principaux suivants [63] :

i) la société double représente une unité économique, à laquelle il est vain de vouloir appliquer des réglementations différentes qui distingueraient les deux sociétés l'une de l'autre ;

ii) puisque les contrats annexes contiennent des dispositions qui modifient le comportement de l'actionnaire au sein de la société, ils ne peuvent jamais, malgré leur apparence de contrats conclus avec des tiers, passer pour tels ; or, puisque les droits et obligations contenus dans ces contrats sont juridiquement non valables comme droits et obligations des actionnaires, il n'y a aucune possibilité de les soumettre à quelque autre forme juridique que ce soit, sous peine de constituer un *agere in fraudem legis* ;

iii) le recours au système de la société double permet à la société anonyme de se lier indéfiniment l'actionnaire, ce qui est contraire au principe de son irresponsabilité, corollaire de l'impossibilité pour l'actionnaire de sortir de la société autrement que par la vente de son titre.

Examinons maintenant ses arguments.

Il est vrai que les deux sociétés sont étroitement liées et que la disparition de l'une aura de fortes chances d'entraîner celle de l'autre, mais l'erreur commise par Zoelly est d'avoir raisonné d'un point de vue exclusivement économique et de n'avoir tenu aucun compte des réglementations juridiques différentes, auxquelles sont respectivement soumises la société anonyme et

[63] Zoelly Charles, *op. cit.* p. 136 ss.

la société simple. Les objections contre une solution purement économique, dégagées lors de l'examen de la théorie du « Durchgriff » restent pleinement valables et ne nécessitent pas qu'on y revienne [64].

A la question de savoir si tout accord complémentaires imposant à l'actionnaire des prestations supplémentaires, que le droit de la SA interdirait, est constitutif d'un *agere in fraudem legis,* la réponse dépend, comme le relève avec raison Wieland, de la portée de l'interdiction de l'article 680 al. 1 CO [65]. Si l'on veut reconnaître à cette interdiction une portée absolue, il faut alors admettre, en accord avec l'interprétation donnée par la doctrine dominante concernant le principe de l'irresponsabilité de l'actionnaire, que celui-ci ne pourra jamais passer d'accord privé avec la société dont il est un membre. Reconnaître une telle portée à l'interdiction de l'article 680 al. 1 n'est pas défendable. Zoelly n'a d'ailleurs pas poussé son raisonnement aussi loin, puisqu'il a cherché à faire des distinctions entre les contrats annexes selon l'intensité de l'élément personnel qu'ils introduisent dans la société anonyme. Il a ainsi concédé une certaine validité à l'obligation des actionnaires de livrer à la Société des maîtres bouchers suisses pour le commerce des peaux et des graisses une certaine quantité de graisses, de peaux et de cuirs, en observant que ces contrats auraient aussi bien pu être conclus avec des tiers, les liens personnels étant par conséquent assez ténus, alors que dans un cartel, par exemple, l'élément personnel joue un rôle beaucoup plus important [66]. Nous ne pouvons suivre Zoelly sur ce terrain de l'interprétation car, même si une société anonyme se double d'une société simple pour se lier ses actionnaires, en exigeant d'eux certaines qualités, certaines prestations ou un certain comportement qui pourraient aussi être exigés de tiers, il n'en reste pas moins que c'est avec ses actionnaires qu'elle désire se lier en priorité, justement en raison de cette qualité. Il semble donc qu'un certain élément personnel intervienne toujours. Avec Wieland, Gysin et Naegeli, il faut réfuter cette argumentation et ne voir un *agere in fraudem legis* que lorsque les statuts soumettent la qualité d'actionnaire à la condition que celui-ci contracte envers la société d'autres obligations non autorisées par la loi [67].

Quant à tirer argument du fait qu'il est dangereux pour l'actionnaire de se lier contractuellement à la société dont il est membre, sous peine de ne

---

[64] cf. p. 51 à 59.

[65] Wieland Alfred. *Aus dem schweizerischen Kartellrechte.* RDS 40 (1921) p. 105.

[66] Zoelly Charles, *op. cit.* p. 401 s.

[67] Gysin Arnold. *Grundlinien des schweizerischen Kartellrechts.* RDS 49 (1930) p. 402 et 403. — Naegeli Eduard, *op. cit.* p. 530 et 531. — Wieland Alfred. *Aus dem schw. Kartellrecht, op. cit.* p. 105.

plus pouvoir s'en libérer, il est évident qu'en recourant à la construction de la société double, la société cherche aussi à se lier plus étroitement ses membres. Une société productrice d'énergie électrique, par exemple, cherchera par ce moyen à écouler la totalité de sa production auprès de ses actionnaires. Il n'en résulte pas pour autant que les sociétés doubles arrivent à s'attacher indéfiniment leurs membres, car chaque société reste soumise à son régime légal propre. Si un cartel vient à choisir la forme de la coopérative, ce n'est pas en la doublant d'une société simple qu'il arrive à s'attacher définitivement ses membres, puisque chaque coopérateur conserve la possibilité d'exercer son droit de sortie qui lui permettra, la plupart du temps, de demander la dissolution de la société simple pour de justes motifs ou, si la société simple a été formée pour une durée indéterminée, d'en provoquer la dissolution moyennant un avertissement donné six mois à l'avance [68]. En revanche, si le cartel choisit la forme de la société anonyme en la doublant d'une société simple, le problème se pose différemment, puisque le droit de sortie n'existe plus. C'est souvent pour cette raison que les cartels choisissent la société anonyme et lient ses actions, sans pour autant éluder toutes les difficultés créées par l'interdiction d'attacher à la qualité d'actionnaire d'autres charges que la libération du montant de la valeur nominale du titre acquis. C'est de la société simple que proviennent les principales difficultés: non seulement les contrats de société simple ont une portée limitée [69] mais, lorsque l'actionnaire exerce son droit de dénonciation dans la société simple, il n'y a plus de raison de le garder comme membre de la SA, puisque sa participation à cette dernière ne se justifie souvent que par la signature du contrat annexe de société simple. La sortie de la SA est presque obligatoire et se fera pour ainsi dire automatiquement. La société n'arrivera pratiquement jamais à s'attacher indéfiniment l'actionnaire et à le rendre indéfiniment responsable. Il lui est seulement possible de le lier par contrat pour une certaine durée, pour autant que ses obligations soient déterminables. Il est en tous les cas vrai que la société anonyme cherche ainsi à se lier ses actionnaires, sans pour autant arriver à se les attacher de manière absolue.

Le Tribunal fédéral ne s'est jamais réellement prononcé sur la validité ou l'invalidité de la société double, bien qu'il en ait eu plusieurs fois l'occasion. Dans les arrêts Aktiengesellschaft Schweizerischer Kalkfabriken in Zürich c. Duvanel et Cie et Stücheli und dessen Konkursmasse contre Schweizerische Mühlen AG, il n'a pas exprimé d'opinion sur la validité de cette construction [70]. Dans le premier arrêt il n'a qu'effleuré le sujet, en pré-

---

[68] art. 546 al. 1 CO.

[69] cf. p. 67.

[70] RO 31 II 896. — RO 39 II 246.

tendant que : « ce qu'il importe de relever, c'est qu'en tout état de cause les rapports dérivant du contrat conclu en vertu de l'article 3 des statuts ne sont pas régis par les dispositions relatives aux sociétés par actions. » Il semblait donc accepter la double réglementation juridique. Dans deux arrêts plus anciens, le Tribunal fédéral avait pris en considération des sociétés uniques, alors qu'elles présentaient les caractéristiques de la société double[71]. Si, dans l'arrêt Société suisse des maîtres bouchers contre les frères Leuenberger-Grauwiler, le Tribunal fédéral a renoncé à voir, dans la clause contraignant les actionnaires à livrer une certaine quantité de peaux, de suifs et de cuirs à la société, un contrat accessoire, parce qu'elle figurait expressément dans les statuts, il s'est réservé la possibilité de considérer la construction d'une société double comme valable puisqu'il a accompagné sa décision de l'adverbe allemand « hier » qui indique que sa prise de position s'appliquait au seul cas présent.

Il est d'ailleurs singulier de noter que le Conseil fédéral, dans son Message à l'Assemblée fédérale concernant la revision du Code des obligations, titres XXIV à XXXIII de 1928, préconise le recours à la société double : « les cas, dans lesquels il apparaîtra opportun d'obliger à de semblables prestations, ne seront pas rares. Il y aura moyen de se tirer d'affaire en recourant à la combinaison de la société anonyme avec une société simple, ainsi que l'admettait la pratique allemande avant 1897. Mais on atteindra encore mieux le résultat voulu en fondant une société coopérative. »

Malgré les conclusions de Zoelly, il semble que la portée du principe de l'article 680 al. 1 CO ne puisse déborder sur le droit des contrats et interdire toutes liaisons contractuelles entre la société et ses sociétaires, celles-ci n'étant contestables que lorsqu'elles sont établies par les statuts ou imposées au sociétaire après l'acquisition de son titre. Il est, d'autre part, à relever que des rapports contractuels venant s'ajouter aux rapports habituels entre la société et ses sociétaires n'ont jamais permis de lier ces derniers indéfiniment à la société.

d) *Les limites de la société double*

La société double, en réalité, n'a pas pour but d'attacher indéfiniment l'actionnaire à la société mais représente un moyen de le lier de manière durable, ce que les statuts ne permettent pas de faire. Pour ceux qui auraient cru possible, comme Zoelly, de constituer par le biais de la société

---

[71] SJ 1899 p. 469 s. = RO 25 II 14 : cause Société suisse des bouchers contre les frères Leuenberger-Grauwiler et RO 37 II 417 : cause Richardet contre Société des fabricants de cadrans d'émail.

double des sociétés anonymes auxquelles les actionnaires seraient indéfiniment liés, le procédé, nous l'avons vu, connaît des limites.

Les imperfections du système sont toutes inhérentes au fait que les deux sociétés constituantes, bien qu'intimement liées, sont assujetties à des régimes juridiques différents et plus particulièrement à des conditions de dissolution différentes. La durée de la société anonyme restant la plupart du temps indéterminée et par conséquent celle de la société simple aussi, cette dernière peut être facilement dissoute selon l'article 545 al. 1 ch. 6 CO : cette dissolution aura pour conséquence que la société anonyme perdra aussi les moyens d'atteindre son but. En fait, la société simple peut continuer sans le membre sortant mais sa qualité d'actionnaire doit lui être simultanément retirée, sinon vont naître les situations les plus boiteuses ; pour les éviter, il faudra prévoir que la sortie de l'une des deux sociétés entraînera aussi celle de l'autre. Il est facile, par exemple, de prévoir le maintien de la société simple sans le membre démissionnaire et le rachat de ses titres par les sociétaires restants, si ceux-là veulent poursuivre leur activité.

Les mêmes difficultés, mais beaucoup plus théoriques celles-là, peuvent se rencontrer lors de l'adhésion à l'une des deux sociétés. On peut imaginer un nouvel actionnaire qui ne signerait pas de convention annexe avec les autres. Cette hypothèse est toutefois très théorique, car il est normal que, dans le cas d'une société en faveur de laquelle les actionnaires contractent des engagements supplémentaires, les actions soient nominatives et liées, ce qui implique que la société sera la plupart du temps appelée à avaliser les transferts de titres et par conséquent les adhésions à la société. Si les actions venaient à ne pas être liées, la situation se présenterait de la manière suivante : l'acquéreur serait membre de la société alors que l'aliénateur resterait lié par contrat aux autres sociétaires ou à la société.

Le transfert de l'action équivaudrait, pour autant que le contrat de société simple soit bien rédigé, à une rupture unilatérale du contrat liant les actionnaires entre eux. Comme, dans les sociétés ne recherchant pas le profit, l'intérêt à en être membre ne réside pas dans l'acquisition de ses titres mais dans la signature du contrat accessoire qui détermine les avantages que l'actionnaire retirera de l'activité sociale, l'acquéreur d'une action d'une société de ce type se verrait exercer des droits au sein d'une société à laquelle il serait totalement étranger et qui ne pourrait rien lui procurer. C'est pourquoi cette situation ne se présentera qu'à de très rares exceptions. La présence d'un tel actionnaire au sein de la société se révélerait pour le moins encombrante et entraverait sûrement le bon déroulement de l'activité sociale.

Si l'action est transférée, au contraire de l'hypothèse précédente, alors que sa transmissibilité est limitée statutairement, l'acquéreur ne deviendra pas membre de la société et, en pareil cas, les véritables droits de sociétaire ne lui seront pas transférés. Quant aux droits et obligations inhérents au contrat annexe, ils ne passeront pas non plus.

Les quelques exemples ci-dessus montrent que si la société double est juridiquement valable, elle est aussi une solution imparfaite, à cause de la double qualité dont est revêtu chacun de ses membres [72].

e) *La société double, un corps étranger au droit de la SA*

Comme Gysin l'a très justement souligné, Zoelly a été trop loin en concluant à l'invalidité de la société double, mais ses arguments restent pourtant entièrement valables et pertinents en ce qu'ils dévoilent les éléments étrangers qu'elle introduit dans la société anonyme.

Un premier élément est la possiblité d'éviter le principe de l'irresponsabilité de l'actionnaire ; par le biais de la société simple, les actionnaires deviennent solidairement responsables de certaines dettes de la société, si la société simple prend l'engagement de les garantir. Un autre élément personnel à ne pas négliger, est le fait que les décisions, dans la société simple, se prennent avec le consentement de tous les associés ou, si le contrat le prévoit, à la majorité, celle-ci se comptant par tête (art. 534 CO), alors que dans la société anonyme chaque actionnaire dispose d'un nombre de voix proportionnel à la valeur des actions qui lui appartiennent (art. 692 CO). Il est vrai cependant qu'en ce qui concerne les décisions, le texte de l'article 534 CO permettra d'harmoniser les règles de la société simple avec celles de la société anonyme. A ces éléments personnels introduits dans une société de capitaux par le biais des contrats annexes, il faut encore ajouter que souvent la poursuite des activités de la société anonyme va dépendre largement du comportement de l'actionnaire dans la société simple. Sa réticence à effectuer ses prestations envers la société pourra la gêner considérablement, son abandon encore plus, même s'il n'entraîne pas la dissolution de la société simple. Peut-être qu'en demandant à sortir de la société simple, c'est-à-dire en demandant sa dissolution, c'est celle de la société anonyme qu'il vise, tout en éludant les conditions posées par l'article 736 CO.

Pour en terminer avec cette énumération d'éléments troublants, il faut encore signaler un fait insolite, à savoir qu'au sein de la société la situation de l'actionnaire peut être modifiée par des dispositions qui ne figurent pas dans les statuts, ou par des décisions qui ne sont pas prises dans le cadre de l'assemblée générale de la société.

---

[72] Tapernoux Benjamin. *Les cartels.* Thèse Lausanne, 1929, p. 216.

f) *Conclusion*

Si la société double est une solution juridiquement valable, elle n'est pas économiquement d'une sûreté absolue et déforme l'image de la société anonyme. Pour une société à but non économique dont les avantages vont aux actionnaires, le fait de recourir au système de la société double permet souvent d'offrir des garanties supplémentaires aux créanciers sociaux et marque l'intention des actionnaires de respecter le jeu social dont nous avons déjà parlé plus haut. Cependant, si le contrat de société simple fait naître à la charge de ses signataires des obligations dont l'étendue et la durée ne sont pas déterminées, il sera relativement facile à chacun des signataires de le dénoncer. C'est là sa principale faiblesse.

C) *Conclusion*

Pour la société anonyme à but économique, société atypique au même titre que la société à actionnaire unique ou la société appartenant à un groupe, le problème de la sécurité des créanciers a d'abord été abordé dans le cadre général des garanties usuelles pour être ensuite traité sur les plans plus particuliers du « Durchgriff » et de la société double.

Dans cette société, la responsabilité des actionnaires est d'autant plus difficile à établir qu'elle renonce statutairement au profit et par conséquent à la constitution de réserves légales et que les manœuvres des actionnaires ou de l'administration sont, en quelque sorte, couvertes par le but statutaire. Du moment que le but statutaire est défini d'une manière telle qu'il autorise ou laisse présumer une distribution de libéralités, on peut prétendre, si les statuts ne s'expriment pas autrement, que la faculté d'octroyer ces libéralités entre dans les attributions des personnes autorisées à représenter la société, conformément à l'article 718 CO. On est alors forcé de constater que les garanties données aux créanciers par les règles sur le dividende, son calcul et sa distribution, sont écartées d'un trait de plume, parce que la société s'est fixé un but non économique. Dans cette situation, il devient difficile de distinguer les libéralités raisonnables des transferts excessifs.

La jurisprudence et la doctrine ont rapidement senti le besoin de tempérer le principe de l'irresponsabilité de l'actionnaire ou de l'indépendance des personnalités juridiques de la société et de l'actionnaire en cherchant avant tout la protection des créanciers. Il faut donc attribuer la responsabilité en fonction du danger qu'une telle situation crée pour eux, leur sécurité reposant sur l'intégrité du capital social et sur la constitution lente mais régulière d'un fonds de réserve. Le danger est en rapport direct avec le pou-

voir de disposer du patrimoine social et la possibilité de renoncer à alimenter le fonds de réserve. La jurisprudence se base sur des considérations d'équité et de bonne foi pour admettre la responsabilité personnelle de l'actionnaire en retenant le caractère abusif de son comportement, tandis que le « Durchgriff » est le résultat d'une approche différente du problème, selon laquelle on considère l'état de fait atypique comme une base juridique suffisante pour étendre la responsabilité de l'actionnaire, sans pour autant parvenir à rendre compte de tous les cas où une telle extension se justifie. L'atypisme s'est en effet révélé d'un usage délicat et a été le plus souvent retenu comme base au « Durchgriff » accompagné de considérations relevant de l'équité et de la bonne foi, ce qui en clair signifie que la théorie du « Durchgriff » n'a pas su apporter de critères suffisamment clairs et généraux.

La société double est une approche encore différente du problème de la sécurité des créanciers, plus intéressante aussi, car elle émane directement des personnes dont la responsabilité devrait être étendue. Elle peut aussi marquer la volonté de la société de respecter le jeu social en étendant de manière contractuelle la responsabilité des actionnaires en contrepartie des prestations dont ils bénéficient grâce à son activité.

Dans les limites de son champ d'application, le procédé est parfaitement valable, démontre une certaine sagesse, mais réintroduit au sein de la société un élément personnel que le législateur avait voulu bannir. Pour les créanciers, la société double ne présente pas d'inconvénients, sinon que les actionnaires sont libres d'y recourir, ce qui signifie que les créanciers ne peuvent exiger des actionnaires le respect des engagements qu'ils ont accepté d'assumer en adhérant au contrat de société simple. La société double reste par conséquent le fruit de la bonne volonté des sociétaires et ne donne naissance à aucun droit nouveau des créanciers, qui les autoriserait à demander une extension de la responsabilité de l'actionnaire.

Point n'est besoin, dans le cas des sociétés anonymes à but économique, d'une clause spéciale sur la responsabilité des actionnaires, ces sociétés ne se distinguant pas avec une netteté suffisante des sociétés anonymes typiques. Toutefois, le déséquilibre entre sociétés de nature économique et sociétés de nature non économique pourrait être corrigé, si celles qui renoncent au bénéfice se voyaient, d'une manière ou d'une autre, obligées de créer un fonds de réserve légal alimenté par des montants proportionnels aux libéralités accordées à leurs bénéficiaires. Nous verrons plus loin les motifs qui nous font renoncer à proposer formellement une telle modification.

CHAPITRE III

DES LIBÉRALITÉS DE LA SOCIÉTÉ A SES ACTIONNAIRES OU A DES TIERS

Introduction

Préoccupé par la crainte que l'existence de la société anonyme qui ne poursuit pas un but de nature économique ne soit mise en danger par la trop grande générosité des actionnaires envers eux-mêmes ou à l'égard de tiers, nous avons recherché tout au long du chapitre précédent les moyens d'étendre la responsabilité de l'actionnaire, avec pour objectif l'octroi de meilleures garanties aux créanciers sociaux. Il est apparu que la solution du « Durchgriff » n'offrait pas toute la sécurité juridique requise et que le système de la société double avait ses limites. En revanche, en matière de responsabilité, les articles 2 CC, 754 CO et 288 LP donnent déjà de bonnes garanties aux créanciers.

Il convient maintenant de rechercher de quelle manière la société effectue ses libéralités et à quelles règles celles-ci devraient être soumises, pour que l'actionnaire ordinaire ou privilégié, en tant que bénéficiaire, n'abuse pas de la protection offerte par le manteau social et ne vide l'entreprise de sa substance au détriment des créanciers. Nous terminions le chapitre précédent en émettant l'idée de soumettre les libéralités à des règles analogues à l'article 671 CO, afin de mieux protéger les créanciers. Avant d'adopter ou de rejeter cette suggestion, nous aimerions répondre à un certain nombre d'autres questions, telles que celles de savoir :

— si les libéralités effectuées par la société peuvent se confondre purement et simplement avec les dividendes ;

— si les prestations promises aux actionnaires par les statuts font l'objet de droits acquis ;

— si de tels avantages doivent faire l'objet d'une clause facultativement nécessaire des statuts ;

— s'il est possible d'exiger de l'actionnaire un juste prix lorsque la prestation effectuée entame le capital ;

— enfin, si l'on est en présence de « groupes d'actionnaires dont la situation juridique est différente » au sens de l'article 708 al. 4 CO, lorsque seule une partie des actionnaires bénéficie de prestations gratuites ou partiellement gratuites.

Comparaison entre dividendes et libéralités

Le terme de « libéralités », que nous avons déjà abondamment utilisé aux pages précédentes, doit maintenant être défini. A notre avis, la notion qu'il recouvre ne s'arrête pas déjà aux dons faits à titre gracieux, mais englobe, d'une manière générale, tous les avantages retirés par les bénéficiaires de la société, avantages qui peuvent prendre les formes les plus diverses; dans une société de taxis, par exemple, les membres bénéficient de son activité, sans en payer le prix normal, en recevant les appels téléphoniques, qu'une centrale (la société) leur distribue; les sociétaires peuvent aussi simplement utiliser directement les installations de la société à un prix de faveur, comme dans les sociétés d'actionnaire(s) - locataire(s). Ne voulant pas multiplier les exemples, nous utiliserons le substantif « libéralité » dans une acception large qui les englobe tous.

Lorsque les actionnaires touchent des libéralités de la société ou bénéficient d'avantages, il y a une analogie certaine entre cette forme de revenu et les dividendes. C'est pourquoi il est justifié de se demander si les règles sur le dividende s'appliquent aussi à ces libéralités-là ou si, au contraire, la loi laisse l'entière liberté à l'organe compétent de la société de décider l'époque et le montant des libéralités, cette liberté pouvant être fondée sur l'article 718 al. 1 CO.

A) *Le dividende, ses éléments essentiels*

Notre Code des obligations ne donne nulle part la définition du dividende. Selon les législations et les différents domaines du droit utilisant cette notion, elle ne recouvre pas exactement les mêmes éléments. C'est pourquoi les définitions très générales du Larousse et du Robert [1] serviront de point de départ; il suffira de les compléter avec les éléments propres à la législation suisse sur la société anonyme, pour en cerner la signification véritable en droit suisse.

[1] *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française,* Paris 1963, Paul Robert. — *Grand Larousse encyclopédique en dix volumes.* Paris.

Le Larousse est bref : pour lui, le dividende est la « part du bénéfice social attribuée à chaque actionnaire ». Quant au Robert, il le définit en disant qu'il est la « quote-part des bénéfices réalisés par une entreprise, attribuée à chaque associé lors de la répartition des bénéfices ».

Ces deux définitions retiennent deux éléments essentiels :

— le dividende est une part du bénéfice réalisé ;

— il est destiné aux seuls actionnaires.

Que la société ait dû réaliser un gain est naturellement valable en droit suisse, mais il n'est pas nécessaire que ce bénéfice ait été réalisé pendant l'exercice écoulé : il peut très bien l'avoir été au cours des années précédentes. Le montant du bénéfice ressort du bilan annuel et peut être diminué ou augmenté d'un solde reporté négatif ou positif de l'exercice précédent. A cela s'ajoute que la part distribuable aux actionnaires peut être prélevée sur le bénéfice réalisé ainsi que sur les réserves constituées au moyen des bénéfices antérieurs (art. 675 al. 2 CO). Le fonds de réserve légal peut aussi être employé, pour autant qu'il dépasse la moitié du capital social (art. 671 al. 3 CO).

Dans les définitions du Larousse et du Robert, la notion de dividende se rapporte exclusivement à la qualité d'actionnaire ou d'associé. Le Code suisse des obligations parle même à l'article 646 al. 3 CO du droit acquis de l'actionnaire au dividende, c'est-à-dire d'un droit qui ne peut lui être enlevé sans son consentement. Notre terminologie concorde une fois de plus avec celle des dictionnaires puisque, dans la langue actuelle, tous prélèvements sur le bénéfice en faveur d'une autre personne que celle de l'actionnaire, administrateur, employé de l'entreprise ou tiers, portent un autre nom ; on parle de tantièmes, de prélèvements, de libéralités, de dons ou de participation, jamais de dividendes. En droit fiscal, malgré le sens économique très large attribué à cette expression, le dividende reste néanmoins attaché à la personne de l'actionnaire.

La décision de distribuer un dividende ne peut être prise que lors de l'assemblée générale des actionnaires, où se décide l'emploi du bénéfice net et celui-ci, selon l'art. 662 al. 1 CO, se calcule d'après les résultats du bilan annuel.

Il en résulte que le dividende calculé sur le bénéfice net (art. 675 CO) est périodique et ne saurait être distribué avant que le bilan n'ait été dressé. La périodicité du dividende n'entraîne cependant nullement celle du droit au dividende qui subsiste tout au long de la vie de la société, pour autant que les actionnaires n'y aient pas renoncé statutairement.

Au sens de notre code et aussi longtemps que les statuts n'expriment pas le contraire, la société anonyme est présumée rechercher un profit destiné à

être partagé entre les différents actionnaires. C'est pourquoi le droit acquis de l'actionnaire ne se limite pas seulement à exiger de la société le versement d'un dividende lorsqu'elle en a la possibilité matérielle, mais aussi à exiger, tout au long de la vie sociale, un comportement générateur de profit de la part des organes responsables. A ce niveau-là, c'est un droit social de l'actionnaire, par opposition au droit patrimonial qu'il exerce à un autre niveau. A un deuxième niveau, l'actionnaire a le droit d'exiger périodiquement de l'assemblée générale une décision sur l'attribution d'un dividende, si la société peut l'assumer matériellement. Enfin, une fois l'octroi d'un dividende décidé, le droit de l'actionnaire se transforme en un droit de créance (droit patrimonial) contre la société et constitue le troisième niveau auquel l'actionnaire peut exercer son droit au dividende. Droit acquis au dividende — nous préférerions donner un sens beaucoup plus large à l'expression en parlant de droit acquis au maintien du but social — signifie que le dividende ne peut être enlevé à l'actionnaire sans son consentement. C'est une carctéristique supplémentaire du dividende en droit suisse.

Si la qualité d'actionnaire et la réalisation d'un bénéfice sont deux conditions de l'octroi d'un dividende, la périodicité et sa nature de droit acquis sont deux autres de ses caractéristiques, auxquelles le droit suisse ajoute encore les trois caractéristiques suivantes :

— la proportionnalité ;

— la compétence de l'assemblée générale d'en fixer le montant ;

— la forme sous laquelle il est versé.

Les articles 660 al. 1 et 661 CO spécifient en ces termes la première de ces trois caractéristiques :

Article 660 al. 1 CO: « Chaque actionnaire a droit à une part proportionnelle du bénéfice net à répartir entre les actionnaires aux termes de la loi ou des statuts. »

Article 661 CO : « Sauf disposition contraire des statuts, les parts de bénéfices et de liquidation sont calculées en proportion des versements opérés au capital social. »

Ces deux dispositions signifient que la part de chaque actionnaire au bénéfice est proportionnelle au capital libéré de ses titres. Cette règle, bien qu'elle puisse être modifiée, exprime un principe général.

Quant à la compétence de l'assemblée générale, elle est déterminée par l'article 698 al. 2 ch. 3 CO. Il lui appartient :

« ... de déterminer l'emploi du bénéfice net et en particulier de fixer le dividende... »

A ce propos, la jurisprudence reconnaît formellement les larges prérogatives de l'assemblée générale en matière de répartition du bénéfice net. Dans les causes Wyss-Fux AG c. Fux de 1965 [2], Aktiengesellschaft Hallenstadion Zürich c. Schibli de 1967 [3] et Fema AG c. Bösch de 1969 [4], le Tribunal féderal établit très clairement que, « le droit acquis de l'actionnaire à une part proportionnelle du bénéfice net, tel qu'il est prévu aux articles 646 et 660 CO, n'est pas absolu, mais peut être limité par les pouvoirs étendus de l'assemblée générale ou de l'administration. Ainsi, l'assemblée générale est en droit d'utiliser le bénéfice net pour constituer des réserves ou pour atteindre d'autres buts admissibles d'après la loi et les statuts. Les tribunaux ne sauraient contrôler l'opportunité de ces décisions et ne peuvent intervenir que si l'assemblée générale a dépassé arbitrairement le cadre de considérations raisonnables ». Si ces arrêts ne tracent pas une limite bien définie entre le droit de l'actionnaire et les pouvoirs de l'assemblée générale, ils ne laissent planer aucun doute quant à la compétence de l'assemblée générale en la matière et quant aux larges pouvoirs que le Tribunal fédéral est décidé à lui reconnaître.

La troisième caractéristique généralement admise par la doctrine est celle de la forme sous laquelle le dividende est payé aux actionnaires. Selon Gilliard, « la loi ne connaît que le dividende en espèces » [5]. Cette affirmation devrait pourtant être atténuée. Nous lui préférons l'opinion de Bürgi selon laquelle le dividende est en principe payable en espèces [6]. Que le dividende soit versé en espèces, cela est vrai dans la mesure où la société anonyme est du type le plus courant. C'est aussi la forme la plus pratique pour tout le monde. Il est compréhensible qu'une société dont les actions sont cotées en bourse ou en banque n'échappera que difficilement au versement d'un dividende en espèces. Pour les autres sociétés, l'absence d'une définition précise de la notion de dividende laisse la porte ouverte à toutes les autres formes. Le dividende en nature est à nos yeux valable, s'il respecte les règles légales impératives du type de celles qui touchent aux rapports entre fonds de réserve et dividende. On peut concevoir une société vinicole qui réserverait quelques bonnes bouteilles à ses actionnaires, une entreprise de transport ou de remontées mécaniques qui délivrerait à ses sociétaires des abonnements de libre parcours, ce procédé pouvant s'étendre à bien d'autres entreprises. En admettant cette forme de dividende, il faut toutefois

---

[2] JT 1966 I 264 = RO 91 II 298.

[3] JT 1969 I 9 = RO 93 II 393.

[4] JT 1970 I 537 = RO 95 II 555.

[5] Gilliard François, *op. cit.* p. 155.

[6] Bürgi Wolfhart. *Die Aktiengesellschaft, op. cit,* art. 660 Nr. 28.

garder en mémoire que l'actionnaire a sur le dividende un droit acquis (art. 646 CO), que l'on a traduit comme un droit qui ne pouvait lui être ôté sans son consentement.

Telle n'est cependant pas sa seule signification. En soutenant que la loi ne connaît que le dividende en espèces, Gilliard donne une image type de la société anonyme à laquelle chacun doit pouvoir se fier, et particulièrement l'actionnaire. Ainsi, par droit acquis on entend assurer non seulement l'existence du droit mais aussi son objet, la prestation pécuniaire, toutes autres formes de dividende nécessitant le consentement de l'actionnaire. En d'autres termes, l'actionnaire est en droit d'exiger le versement de son dividende en espèces, ce qui implique que le dividende en nature est l'exception et que cette exception doit être préalablement admise par tous les actionnaires. On peut aussi imaginer une solution intermédiaire et admettre la distribution simultanée de dividendes en espèces et en nature. On ne peut exclure d'emblée que l'espoir de recevoir légèrement plus, la prestation étant calculée à son prix de revient, ou d'échapper à l'impôt anticipé poussera l'actionnaire à accepter volontiers le dividende en nature. Les petites sociétés, pour lesquelles la distribution d'un dividende en espèces représente souvent une très lourde charge de trésorerie, auraient un intérêt certain à recourir à cette solution, lorsque leur activité s'y prête et que leurs fruits sont susceptibles d'intéresser les actionnaires.

On voit donc que la législation sur le dividende en droit suisse ne laisse de place à des normes d'exception que sur deux points, le calcul de la proportionnalité du dividende et la forme sous laquelle il sera distribué. Elle permet, en effet, l'existence de dividendes privilégiés et la distribution de dividendes en nature.

Ces cinq caractéristiques essentielles du dividende et les deux conditions de son octroi en droit suisse conduisent donc à la définition suivante :

> Le dividende est la part annuelle du bénéfice, proportionnelle au versement effectué sur l'action, qui revient de droit à l'actionnaire après décision de l'assemblée générale.

Neuhaus en donne une définition très proche: « Die Dividende ist der unter die Gesellschaftsmitglieder zur Verteilung gelangende Reingewinn, auf welchen die Aktionäre nach Gesetz und Statuten anteilsmässig Anspruch haben und der von der Generalversammlung für jedes Geschäftsjahr festgesetzt wird. » [7]

---

[7] Neuhaus J. *Zum Problem des Dividendenbegriffes.* SAS 26 (1953/54) p. 215 : trad. « le dividende est la part de bénéfice net exigible par les sociétaires, auxquels la loi et les statuts confèrent un droit proportionnel qui sera fixé chaque année par l'assemblée des actionnaires. »

B) *Les éléments essentiels des libéralités de la société anonyme en faveur de ses actionnaires ou de tiers*

Si l'on voulait appliquer par analogie les règles sur le dividende aux libéralités, telles que nous les avons définies plus haut, il serait nécessaire qu'elles présentent les mêmes caractéristiques que les dividendes. En apparence les dividendes et certaines formes de libéralités se ressemblent, mais un examen approfondi permet de dévoiler leurs différences fondamentales.

— La première différence de taille est que les libéralités ne proviennent pas nécessairement d'un bénéfice, au sens que lui donne le droit de la société anonyme. Le dividende est une partie du bénéfice net, déterminée une fois l'an après le calcul annuel du bénéfice net. C'est une opération d'un jour, qui se répète régulièrement année après année, mais cette régularité n'est plus de mise dans la société anonyme à but non économique. Nous avons englobé dans notre définition de la SA à but non économique toutes les sociétés qui, d'une manière ou d'une autre, renoncent statutairement ou tacitement à rémunérer les apports des actionnaires par la distribution d'un dividende, mais où les actionnaires ou des tiers bénéficient directement de l'activité de la société. Ces sociétés distribuent en quelque sorte leurs bénéfices au fur et à mesure qu'elles les réalisent, et cette possibilité leur est justement ouverte par l'alinéa 3 de l'article 620 CO. Les prestations fournies par ces sociétés ne dépendent plus du résultat positif de l'exercice écoulé mais l'annulent au contraire, et c'est en cela que réside le danger. A Genève, par exemple, une société a pour seule tâche de distribuer aux bornes téléphoniques des taxis les appels des clients. Ceux-ci profitent directement du service mis à leur disposition et les actionnaires, de leur côté, utilisent journellement le personnel et les installations de la société. Dans cette situation, il est évident que les actionnaires ne touchent pas leur dividende une fois l'an mais jouissent de façon continue de l'activité de la société, sans se soucier de la réalisation préalable d'un profit. Cette condition *sine qua non* de l'octroi du dividende n'est plus de mise pour l'octroi de ce que nous avons très généralement dénommé « libéralités ». La société qui a servi d'exemple exerce une activité qui doit, dans l'esprit de ses fondateurs, profiter exclusivement aux actionnaires, même si simultanément des tiers en bénéficient. Cet exemple illustre parfaitement la tendance coopérative de certaines sociétés anonymes mais ne doit pas faire oublier que par son activité la société peut aussi rendre des services à des tiers. L'activité de certaines entreprises en faveur de déshérités, d'économiquement faibles, représente le type idéal de sociétés anonymes à but non économique. Dans ces cas-là, la libéralité, contraire-

ment au dividende, n'est plus exclusivement réservée à l'actionnaire mais profite d'abord à des tiers.
Bien que la possibilité de verser les libéralités avant la fin de l'exercice social à des personnes qui ne sont pas membres de la société suffise à les différencier des dividendes, nous pousserons l'étude jusqu'au bout, la confusion entre les deux notions restant toujours aisée.

— En renonçant au dividende, la société peut, comme l'a montré l'exemple précédent, abandonner parallèlement toute idée de profit, en laissant profiter au jour le jour les actionnaires de son activité. La périodicité fait alors place à la continuité.

— Le caractère acquis du droit au dividende, tel qu'on le conçoit aujourd'hui, disparaît lui aussi, dès l'instant où l'actionnaire n'est plus le seul destinataire des prestations promises par la société. La notion de droit acquis est liée à celle de l'actionnaire et la question de son existence ne se pose que si l'actionnaire est lui-même bénéficiaire direct de l'activité sociale. En raison de son importance, nous réserverons à cette question un développement spécial dans un paragraphe ultérieur.
L'actionnaire, qui a un droit acquis au dividende en vertu de la loi, détient une part de propriété de la société, qui permet tout naturellement de calculer la part du bénéfice lui revenant. Dans les sociétés anonymes à but non économique, on ne demande plus nécessairement aux futurs bénéficiaires une participation au capital de la société. La relation entre le dividende et le montant du capital détenu par l'actionnaire n'existe plus de manière aussi absolue que dans la société à but économique. Cette relation se rencontrera encore souvent dans les sociétés à tendance coopérative, du type des sociétés d'actionnaires-locataires par exemple.

— Contrairement aux sociétés anonymes du type habituel, l'octroi des libéralités et la détermination de leur montant n'appartiennent plus légalement à l'assemblée générale. A moins d'une clause statutaire contraire, cette compétence relève de l'administration puisque, dans les limites du but social, elle peut prendre des décisions sur toutes les affaires qui ne sont pas attribuées ou réservées à l'assemblée générale ou à d'autres organes sociaux (art. 721 al. 2 CO). Cette solution a le mérite de confier la tâche du calcul des prestations aux personnes les plus aptes à évaluer les risques de leurs décisions, en raison de leur connaissance de la situation financière réelle de la société. L'administration paraît ainsi toute désignée pour se charger de cette responsabilité supplémentaire et ceci d'autant plus que chaque administrateur est soumis personnelle-

ment à a responsabilité de l'article 754 CO, qu'il est difficile d'étendre à l'actionnaire, même en faisant appel aux théories de l'abus de droit ou de la confiance.

— Si la doctrine s'accorde à reconnaître que le dividende est en principe versé en espèces, on ne peut plus, dans les SA à but non économique, s'en tenir à cette seule forme. L'expérience montre que certaines sociétés font payer, à ceux qui veulent bénéficier de ses services, un prix qui couvre juste les coûts réels ou qui ne les couvre même pas, tandis que d'autres distribuent, sous forme de dons en espèces ou en nature, les bénéfices réalisés dans l'exploitation d'un commerce ou d'une industrie.

C) *Conclusion*

En apparence, les notions de dividende et de libéralité se confondent aisément, mais leur examen montre qu'aucune des caractéristiques de l'une ne sont simultanément celles de l'autre. Les différences touchent aussi bien les destinataires que l'époque à laquelle les dividendes et les libéralités peuvent être versés ainsi que les multiples autres conditions auxquelles ils sont soumis.

Si dans les sociétés anonymes du type usuel le législateur a recherché un certain équilibre entre la sécurité des créanciers sociaux et la garantie pour les actionnaires que leur droit au dividende sera maintenu, la question de la sécurité des créanciers d'une SA à but non économique reste par contre ouverte.

Pour les créanciers, que la société verse des dividendes, renonce à faire payer le prix de ses services ou fasse des dons, les effets demeurent les mêmes. Dans les sociétés à but non économique, la protection de leur intérêt reste préoccupante car elle ne peut être assurée par l'application par analogie des règles sur le dividende, puisqu'il faut tenir compte des différences relevées précédemment, qui sont essentielles à la réalisation du but non lucratif de ces sociétés.

Il est impossible pour certaines sociétés à but non économique d'exercer une activité lucrative et de répartir en fin d'exercice seulement les profits réalisés, car elles doivent déployer leur activité charitable, d'utilité publique ou d'intérêt mutuel, d'une manière constante, et ne peuvent simplement attendre la fin de l'exercice annuel pour le faire. Il faut donc à la fois respecter les intérêts des créanciers sociaux et donner à la société les moyens de réussir dans son entreprise. C'est pourquoi nous avons envisagé d'exiger des sociétés de ce type la constitution d'un fonds de réserve légal qui serait alimenté par des montants proportionnels aux avantages octroyés, jusqu'à ce

qu'il atteigne, par exemple, le seuil fixé par l'article 671 al. 1 CO. Si, en fin d'année, l'exercice soldait par un bénéfice, l'assemblée générale resterait naturellement tenue d'observer les dispositions de l'article 674 CO. En exigeant de la société ce minimum de garanties, les créanciers jouiraient des mêmes sécurités que celles dont jouissent les créanciers de sociétés à but délibérément lucratif.

Cette solution présente cependant deux inconvénients qui la rendent quasiment inapplicable. Le premier consiste dans la difficulté de définir le cercle des sociétés qui seraient tenues à l'obligation d'alimenter la réserve légale avec une quote-part des avantages octroyés aux bénéficiaires. En effet elle ne s'appliquerait qu'aux sociétés à but non économique, mais celles-ci ne se distinguent pas suffisamment des SA à but lucratif ne réalisant aucun bénéfice. Le second consiste dans le fait qu'il faudrait déterminer exactement l'avantage réel perçu par le bénéficiaire. Dans ce calcul, il y a trop d'inconnues cependant pour qu'on puisse objectivement y recourir. Proposer une telle modification ne ferait donc qu'ajouter des difficultés sans pour autant pouvoir prétendre avoir résolu le problème. Il est plus sage d'y renoncer et de s'en remettre au juge qui, si le prix se révèle « injuste », a toute liberté pour apprécier la bonne foi des organes responsables de son calcul et leur demander de réparer.

Le droit de l'actionnaire à la prestation promise par la société, un nouveau droit acquis ?

Au paragraphe consacré à la comparaison entre dividendes et libéralités, où les caractéristiques respectives des deux notions ont été inventoriées, s'est posée la question de savoir si les actionnaires jouissaient d'un droit acquis sur les libéralités, semblable à celui qu'ils ont sur le dividende.

La réponse à cette question mérite un examen spécial car la qualification de droit acquis se pose à propos de chacun des droits de l'actionnaire.

Il est bon, au préalable, de souligner que le droit au dividende est rarement, sinon jamais, expressément reconnu dans les statuts des sociétés anonymes et que seules de rares allusions rappellent son existence. Il en irait de même des avantages patrimoniaux ou de l'activité désintéressée dans la société anonyme à but non économique, s'il n'était besoin pour ses fondateurs de renverser la présomption, née de l'habitude, qu'une société anonyme poursuit toujours un but lucratif, sans qu'il faille pour autant aller jusqu'à déterminer exactement la valeur de la prestation promise aux bénéficiaires. Dans les sociétés anonymes à tendance coopérative, où les buts ne

se distinguent souvent pas de ceux des sociétés du type habituel, seul le recours au système de la société double permet de définir les droits respectifs de la société et des actionnaires. Il est cependant logique que l'actionnaire, qui souscrit une participation à une société présentant une caractéristique aussi spéciale que la suppression du dividende, puisse compter sur le maintien des buts désintéressés ou coopératifs de la société, qui l'ont amené à renoncer au dividende. La question est ainsi posée de savoir si ce droit lui est acquis ou non.

Il est unanimement admis qu'on entend par droits acquis tous les droits de l'actionnaire dont il ne peut être privé sans son consentement. Malgré cette définition, les difficultés surgissent lorsqu'il s'agit de distinguer des droits acquis ceux qui peuvent être modifiés, voire supprimés, par la société. Les auteurs qui se sont attaqués à ce problème sont légion et ont proposé toutes sortes de critères, dont aucun ne donne de solution satisfaisante et définitive. Les nombreuses théories élaborées à ce sujet ne prouvent guère que leur habileté. Un rapide survol permet cependant de mieux saisir la complexité de la question.

A) *Les différentes théories des droits acquis*

a) *Théorie contractuelle et théorie des bases essentielles* [8]

A l'origine, les statuts ont été tenus pour immuables, parce qu'ils étaient censés matérialiser les clauses d'un contrat, auquel personne ne pouvait toucher sans le consentement de tous les intéressés. Selon cette conception, chacun avait un droit acquis au maintien de la moindre clause statutaire, la société n'ayant aucun moyen d'imposer une modification quelconque à ses membres. Devant la nécessité de pouvoir rapidement adapter les statuts aux changements de la vie économique, il a fallu distinguer, parmi les différentes clauses statutaires, celles qui donnaient naissance à des droits acquis et celles qui restaient librement modifiables par la société. Certaines clauses paraissaient à tel point exprimer les fondements de la société, qu'il ne semblait pas possible qu'elles fussent modifiées sans le consentement de tous les actionnaires, alors que les autres, considérées comme secondaires, paraissaient pouvoir subir tous les changements que la majorité jugeait nécessaires. Théorie des droits acquis, théorie des bases essentielles, pas plus avec l'une qu'avec l'autre, on ne devait arriver à dégager une règle qui permît de distinguer les dispositions statutaires fondamentales de celles qui ne l'étaient pas.

---

[8] Schluep Walter-René, *op. cit*, p. 12 à 14 et 21 à 23.

b) *Théorie des droits acquis patrimoniaux* [9]

Les droits de l'actionnaire se divisent en deux catégories, les droits patrimoniaux et les droits de gestion ou d'administration, qui se distinguent les uns des autres par leur valeur économique différente aux yeux de l'actionnaire. Les premiers lui assurent une valeur matérielle directe, les seconds lui assurent seulement indirectement ces mêmes valeurs. Selon cette théorie, seuls les droits patrimoniaux sont des droits acquis parce que, lorsque les actionnaires les font valoir, ils sont dirigés contre la société et entraînent un conflit direct entre leurs intérêts et ceux de la société. Quant aux droits d'administration, étant exercés par les actionnaires au sein de la société, ils ne provoquent aucun conflit et n'ont pas de caractère d'intangibilité. Avec cette théorie, le droit au dividende est un droit acquis, le droit de participer à l'assemblée générale ne l'est pas.

c) *Théorie des droits acquis particuliers* [10]

Selon cette théorie, défendue par Bachmann [11], seuls les droits particuliers de l'actionnaire (selon la terminologie allemande, « Sonderrechte », par opposition à « Mitgliedschaftsrechte ») peuvent être des droits acquis. Par droits particuliers, Bachmann entend des droits qui ne sont propres qu'à un seul actionnaire ou à un groupe d'actionnaires et qui représentent un privilège, un droit prioritaire ou un droit extraordinaire par rapport aux droits sociaux usuels, jouissant, en quelque sorte, d'une valeur contractuelle. Les droits sociaux, au contraire, sont acquis aux actionnaires, sans autre condition que leur adhésion à la société ; c'est pourquoi ils ne sont que le « reflet » sur chaque actionnaire des dispositions statutaires et ne peuvent nullement prétendre à la nature de droit acquis [12].

d) *Théorie subjective des droits essentiels* [13]

Puisqu'il faut faire une distinction entre des droits sociaux de valeur apparemment identique, l'élément déterminant n'est plus la nature du droit en question mais la valeur que les actionnaires lui attribuent, seuls étant des droits acquis ceux qu'ils considèrent comme capitaux et sans lesquels ils n'auraient pas adhéré à la société. Cette valeur étant purement subjective, il a fallu l'objectiver en recourant à la notion de l'actionnaire moyen

---

[9] Schluep Walter-René, *op. cit.* p. 14 et 15 et 23 et 24.

[10] Schluep Walter-René, *op. cit.* p. 15 et 24 à 26.

[11] Bachmann Gottlieb. *Die Sonderrechte des Aktionärs.* Thèse Zurich, 1901, p. 48 ss.

[12] Bachmann Gottlieb, *op. cit.* p. 50 : « Die allen Aktionären gleichmässig zustehenden allgemeinen Mitgliedschaftsrechte würden nach dieser Auffassung den « Reflex », die Austrahlung der statutarischen Bestimmungen auf den Einzelaktionär darstellen... »

[13] Schluep Walter-René, *op. cit.* p. 16 et 26 à 28.

(« Durchschnittsaktionär »). Avec ce nouvel étalon, les droits acquis sont tous les droits que l'actionnaire moyen juge fondamentaux, c'est-à-dire sans lesquels il ne serait pas entré dans la société [14]. Comme, selon les circonstances, l'humeur de l'actionnaire peut changer, Karl Lehmann précise que c'est le moment de l'adhésion à la société qui est déterminant. Ainsi, au premier abord, seul le droit au dividende paraît posséder cette qualité.

e) *Théorie d'Egger* [15]

J. G. Egger a développé une conception du droit acquis, dont le point de départ est le ou les mobiles entraînant l'actionnaire à entrer dans la société. Selon J. G. Egger, ce mobile est la règle *pacta sunt servanda,* c'est-à-dire, selon les statuts de la société, la réalisation du but social *stricto sensu,* qu'il définit comme l'acquisition d'un profit. Ce raisonnement l'amène à considérer comme droits acquis tous les droits de l'actionnaire qui tendent à faciliter la réalisation de ce profit. Toutefois Egger ne pouvait se contenter de définir comme droits acquis tous les droits qui contribuent à la réalisation du but social, car cette définition ne résolvait rien, les droits de l'actionnaire étant tous, d'une manière ou d'une autre, favorables à la réalisation du but social. L'auteur a alors affiné sa définition en reconnaissant la qualité de droits acquis à ceux qui concrétisent le but social. Egger se rendit heureusement compte qu'aucun des droits accordés à l'actionnaire légalement ou statutairement ne réalisait à lui seul le motif d'adhésion à la société. Dès lors, il n'attribua la valeur de droit acquis qu'au droit qui, d'après les circonstances de chaque cas particulier, permet de réaliser le but social. L'élément nouveau de cette théorie est qu'elle admet qu'il n'y a pas de droits définitivement acquis, mais que tous peuvent être limités ou momentanément supprimés selon les circonstances, pour autant que ces limitations servent le but de la société. La théorie d'Egger est une théorie relative des droits acquis.

f) *Théorie des droits acquis d'administration* [16]

Cette théorie distingue les droits acquis absolus des droits acquis relatifs. Pour Wieland, le critère décisif est de savoir dans quelle mesure les droits de l'actionnaire peuvent être affectés par les intérêts contraires de la

---

[14] Lehmann Karl. *Das Recht der Aktiengesellschaft.* Berlin 1898 et 1904, Bd. II, p. 205 : « wenn man vom Standpunkt des einzelnen Körperschaftsmitgliedes diejenigen Bestandteile des Mitgliedschaftsrechtes als sonderrechtliche bezeichnet, die für den Durchschnittsaktionär von solcher Wichtigkeit sind, dass er ohne sie nicht der Aktiengesellschaft beigetreten wäre. »

[15] Egger J.-G. *Das Dividendenbezugsrecht des Aktionärs.* Thèse Zurich, 1924, p. 51 à 54 plus précisément. — Schluep Walter-René, *op. cit.* p. 17 et 18 et 28 à 30.

[16] Schluep Walter-René, *op. cit.* p. 18 et 19 et 30 à 32.

communauté ou d'un autre actionnaire [17]. Le premier qu'il cite est le droit de vote, dont l'exercice, du point de vue de la société, ne peut jamais être considéré comme abusif. Il cite aussi le droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale et pense que tous les droits d'administration échappent à un éventuel conflit d'intérêts. Ils sont soustraits à la volonté de la société et sont, de ce fait, des droits acquis. D'autre part, il reconnaît aux droits patrimoniaux valeur de droits acquis, mais de droits acquis relatifs, parce que le bien-être de la société peut en justifier la limitation, voire la suppression. Il en est ainsi du droit au dividende.

g) *Conclusion*

Le nombre des théories laisse rêveur et ceci d'autant plus qu'on ne peut mettre en cause leur sérieux; elles conduisent malheureusement à des résultats trop contradictoires, pour que l'on puisse prétendre que la notion de droits acquis est claire en théorie et en pratique. Mis à part les droits expressément énumérés à l'alinéa 3 de l'article 646 CO, il n'y a pas de formule qui permette de classer un droit de l'actionnaire dans la catégorie des droits acquis plutôt que dans celle des droits ordinaires, mais seulement des principes qui, pour chaque cas particulier, permettent de trancher selon les intérêts qui s'opposent au sein de la société; la difficulté est d'établir l'échelle selon laquelle les intérêts en jeu doivent s'ordonner: tâche difficile, à propos de laquelle Siegwart donnait l'avertissement suivant: « Là où finalement la solution dépend de la confrontation des intérêts, il ne faut pas s'attendre à trouver de critères sûrs. » [18] La première recherche à entreprendre est celle de l'échelle d'importance selon laquelle le législateur a voulu mesurer les intérêts opposés: où assure-t-il expressément un droit acquis et dans quelle mesure le limite-t-il dans un cas précis ? Les conclusions de cette analyse serviront d'indication pour les droits des actionnaires au sujet desquels la loi reste muette.

B) *Conflit d'intérêts et primauté de l'intérêt social*

a) *Introduction*

Nous ne nous livrerons pas à l'analyse détaillée du droit positif, pour la bonne raison que ce travail constitue l'essentiel de la thèse de Schluep déjà largement citée. Nous reprendrons simplement quelques-unes de ses conclusions en cours d'exposé.

---

[17] Wieland Carl, *op. cit.* p. 194 : « inwieweit die Rechte des Aktionärs vom Gegensatz der sich kreuzenden Interessen der Gesamtheit und des einzelnen berührt werden. »

[18] Siegwart Alfred, *op. cit. Einleitung* Nr. 230.

Ainsi que l'observe très justement le Tribunal fédéral, nous ne nous trouvons pas, à l'article 627 al. 1 a CO, en présence d'une définition, « car dans chaque cas particulier il faudra précisément se demander quels sont les droits que le juge doit déclarer indépendants des décisions de l'assemblée générale » [19]. Devant l'impossibilité de trouver une définition satisfaisante du droit acquis, le législateur s'est résigné, à l'article 646 al. 3 CO, à indiquer au moyen d'exemples la direction dans laquelle on peut s'engager. Malheureusement il a groupé sous cette appellation des droits qui n'ont aucune caractéristique commune [20] ; il s'agit aussi bien de droits patrimoniaux que de droits d'administration, dont certains peuvent être modifiés en tout temps, dans les limites des principes généraux de l'égalité de traitement, de la bonne foi et de la prohibition de l'abus de droit, alors que d'autres, bien qu'ils paraissent absolument intangibles, voient leur exercice soumis au pouvoir limitatif de l'assemblée générale ou des statuts. Ces pouvoirs limitatifs sont quelquefois formellement exprimés dans le texte légal, d'autres fois, seule son interprétation conduira à une telle conclusion. La véritable caractéristique commune des droits acquis, sur laquelle la doctrine s'accorde, est le fait qu'ils ne peuvent être retirés à leurs titulaires sans leur consentement, bien que les limitations autorisées ôtent quelquefois toute signification au principe de leur intangibilité et équivalent à sa suppression. Que l'article 646 CO ne donne pas de solution tranchée, c'est en cela qu'il déçoit. Toutefois, en reconnaissant que les droits acquis ne peuvent être retirés à l'actionnaire sans son consentement, l'article 646 CO détermine les limites du principe majoritaire, limites par lesquelles le législateur entend renforcer la protection des actionnaires minoritaires. Dès lors, les droits acquis ne se définissent plus comme des droits intangibles mais comme des droits qui, lorsque le besoin s'en fait sentir, s'opposent au pouvoir de la majorité. On peut parler, si l'on veut, d'un droit acquis très général de l'actionnaire à ce que la majorité ne poursuive pas des fins particulières et antisociales [21]. Considéré sous cet angle-là, l'article 646 CO est une tentative de définition de la notion des droits acquis, dont l'utilité est de donner vie aux initiatives de la jurisprudence. Chaque fois que la loi ne qualifiera pas de droit acquis un droit de l'actionnaire ou qu'elle restera muette sur l'étendue des pouvoirs limitatifs de la majorité, le juge devra combler cette lacune et entreprendre le travail du législateur en déterminant d'abord les intérêts des

---

[19] JT 1934 I 8 = RO 59 II 264 : cause Commune de Wädenswil et consorts c. Schweizerische Südostbahn, p. 15 et 16 plus précisément.

[20] Schluep Walter-René, *op. cit.* p. 354 et 355.

[21] Bergier Jean. *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes.* Thèse Lausanne, 1933, p. 48.

antagonistes et en mesurant ensuite leur valeur respective, pour rendre finalement une décision en faveur de l'un ou l'autre. Dans ce travail d'évaluation, le juge est aidé par un certain nombre de dispositions légales qui indiquent clairement quand les droits acquis de l'article 646 al. 3 CO peuvent être limités : pour le surplus, il doit s'en remettre à son pouvoir d'appréciation.

b) *Droit positif*

Prenons l'exemple du droit au dividende : bien que formellement reconnu comme droit acquis, il dépend très largement des estimations de l'administration ainsi que de la volonté de l'assemblée générale. Le pouvoir respectif de ces deux organes est pourtant limité : l'article 663 al. 2 CO autorise l'administration à créer des réserves latentes « dans la mesure nécessaire pour assurer d'une manière durable la prospérité de l'entreprise ou la répartition d'un dividende aussi constant que possible » et l'article 674 al. 2 CO limite ceux de l'assemblée générale en ces termes : « l'assemblée générale peut, lors de la fixation du dividende, constituer des réserves qui ne sont prévues ni par la loi, ni par les statuts, ou qui excèdent les exigences de la loi et des statuts, dans la mesure nécessaire pour assurer d'une manière durable la prospérité de l'entreprise ou la répartition d'un dividende aussi constant que possible. » L'expression « dans la mesure nécessaire » laisse au juge un large pouvoir d'appréciation, dont il est utile de connaître l'usage qui en a été fait, si l'on veut déterminer quel intérêt prime.

Un autre droit de l'actionnaire, le droit de contrôle, est lui aussi restreint. L'article 697 al. 2 et 3 CO spécifie que les actionnaires « pourront consulter les livres et la correspondance... à la condition que le secret des affaires ne soit pas compromis », et que « la décision du juge ne devra pas compromettre les intérêts de la société ». Le pouvoir d'appréciation du juge est à nouveau très vaste.

Une atteinte au droit de vote par l'introduction d'actions à droit de vote privilégié peut aussi être autorisée si le but de la société l'exige et qu'elle ne porte pas un préjudice évident aux actionnaires [22]. Nouvelle possibilité d'appréciation donnée au juge !

En plus du très large pouvoir d'appréciation conféré au juge, ces quelques exemples montrent que le législateur a voulu faire une très large place à l'intérêt social. Ces articles protègent la prospérité de l'entreprise, ses intérêts et son but, en indiquant au juge le côté vers lequel doit pencher la balance.

---

[22] art. 706 al. 2 CO.

c) *Jurisprudence*

Quelques arrêts du Tribunal fédéral montrent que la jurisprudence a très exactement suivi la voie tracée par le droit positif. Dans la cause Hablutzel c. Société suisse d'industrie électrique, il s'agissait de déterminer si des privilèges attachés à certains actionnaires étaient ou non des droits acquis [23]. Dans ses considérants, notre haute cour commence par reconnaître que le Code des obligations de l'époque ne contenait aucune disposition sur les actions de priorité, lacune qui devait être comblée par le juge en tenant compte des intérêts en conflit. A ce propos, elle précise que l'interprétation, selon laquelle des droits privilégiés sont des droits acquis, est en contradiction avec toute la tendance qui se fait jour et qui est caractérisée par la promotion de la liberté de mouvement de la société. Elle rappelle en outre le projet II de décembre 1923, qui vise non pas exclusivement à protéger les intérêts des seuls actionnaires et créanciers, mais au contraire et avant toute chose, ceux des sociétés anonymes elles-mêmes en tant qu'entités juridiques distinctes, en facilitant leur création, en assurant leur existence, en leur garantissant une plus grande liberté de mouvement en temps de crise, en leur donnant, à cet effet, divers moyens de conserver ou de recouvrer leur activité ; tout cela est inspiré par l'idée que la prospérité de l'entreprise est la meilleure sauvegarde des intérêts des sociétaires eux-mêmes.

La notion de l'intérêt social est plus ancienne, puisqu'en 1915 déjà le Tribunal fédéral s'en inspirait dans l'arrêt Brunner c. SA du chemin de fer Bienne - Evilard [24] : « ... il ne pourrait en être autrement que si la subvention attaquée se rattachait aux buts poursuivis par la société, et qu'elle eût été consentie pour protéger des intérêts bien déterminés de celle-ci, » et quelques lignes plus loin, « pour que l'assemblée générale ait le droit, avant toute distribution de dividendes, de constituer des réserves, même en dehors de prélèvements prévus par les statuts, il est nécessaire que la consolidation de l'entreprise exige cette mesure ».

Après la revision de 1936, la jurisprudence nouvelle confirma l'évolution dessinée sous l'ancien CO.

En 1946, dans la cause Witschi c. AG Elektrische Bahn Steffisburg-Thun-Interlaken, où il avait à examiner les prélèvements opérés sur le bénéfice net par l'assemblée générale pour créer et soutenir des œuvres de bienfaisance au profit d'employés et d'ouvriers de l'entreprise, le Tribunal fédéral s'exprimait comme suit [25]: « Il ne s'agit pas d'une libéralité ou d'un

[23] JT 1926 I 234 = RO 51 II 412.
[24] JT 1916 I 450 = RO 41 II 610.
[25] JT 1947 I 73 = RO 72 II 293.

simple acte de bienfaisance, mais d'une décision qui se justifie comme une mesure mûrement réfléchie dans l'intérêt bien compris aussi bien de la défenderesse que du personnel confié à ses soins. Le droit au dividende, même celui des actionnaires de priorité, doit céder le pas à la nécessité de sauvegarder de tels intérêts. » On ne peut être plus clair !

d) *Doctrine*

Bon nombre d'auteurs partagent aussi l'idée du compromis entre les intérêts contraires de la communauté et de ses membres. Citons tout d'abord Egger commentant le rapport de la commission d'experts: « Le droit de la société anonyme est d'abord un droit de l'entreprise par actions, il facilite sa constitution, assure son existence, garantit sa liberté de mouvement, l'assiste en période de crise et met à sa disposition les divers moyens juridiques nécessaires au maintien et à la poursuite de leur activité, car c'est ainsi que les intérêts des actionnaires et des tiers seront le mieux protégés. » [26] En 1937, commentant le nouveau CO, il utilise ces termes: « Il a été tenu compte du maintien, de la promotion et du renforcement de l'entreprise sociale. » [27]

Paul Schwill s'y rallie aussi lorsqu'il écrit: « Il est donc aujourd'hui certain que, dans la vie de la SA, la protection de la société et celle des actionnaires demandent à être toutes deux considérées avec la même attention. » [28] Rosset, quant à lui, va encore plus loin quand, cherchant à dégager la notion d'intérêt social, il finit pas la définir comme « l'intérêt permanent de la société elle-même envisagée comme entité distincte, ayant sa vie propre et considérée dans son évolution. » [29]

Selon cette définition, l'intérêt social n'est plus seulement celui de l'ensemble des actionnaires mais de tous ceux qui entrent ou entreront de près ou de loin en rapport avec elle. Admettre sans restriction la conception

---

[26] Egger August. *Das Aktienrecht nach den Beschlüssen der Expertenkommission.* RSJ 21 (1924/1925), p. 346 : « Das Aktienrecht soll vor allem sein ein Recht der Aktien-Unternehmung, soll ihre Bildung erleichtern, ihren Bestand sichern, ihre Bewegungsfreiheit gewährleisten, ihr in schweren Zeiten Beistand leisten und ihr die zur Erhaltung und weiteren Lebensfähigkeit erforderlichen rechtlichen Mittel und Wege zur Verfügung stellen », car, « damit sind grundsätzlich auch die Aktionär- und Gläubigerinteressen am besten gewahrt. »

[27] Egger August. *Die Aktiengesellschaft nach dem revidierten schweizerischen Obligationenrecht vom 18. Dezember 1936.* RSJ 34 (1937/38), p. 41 : « Es ist bedacht auf die Erhaltung, Förderung und Stärkung der gesellschaftlichen Unternehmung. »

[28] Schwill Paul. *L'amélioration de la situation de l'actionnaire d'après le projet de revision du Code des obligations.* RSJB 69 (1933), p. 354.

[29] Rosset Paul-René. *Les tendances du nouveau droit suisse des sociétés.* Extrait du recueil de travaux de la Faculté de droit de Neuchâtel à l'occasion du centenaire de l'Académie (1838-1938). Paris et Neuchâtel 1939, p. 21.

de Rosset, c'est attribuer une portée illimitée au principe de l'intérêt social. Mais, en critiquant son devancier, Benoit se fait aussi le partisan de la primauté de l'intérêt social ; nous citons : « Nous préférons à ce critère général la solution actuelle, qui se borne à consacrer la prédominance de l'intérêt social sur les intérêts particuliers, bien que des complications en résultent. » [30]

A l'occasion de la revision de 1936, d'autres auteurs sont arrivés à la même conclusion, c'est-à-dire qu'à côté de la protection de l'actionnaire, il fallait encore prendre en considération celle de la société elle-même [31]. Les auteurs cités ci-dessus, dont la liste pourrait être allongée, marquent avec suffisamment de netteté la nouvelle tendance de notre code vers une protection accrue de la société parallèlement à celle des sociétaires, tendance à laquelle ils se rattachent tous [32].

e) *Conclusion*

Si une certaine harmonie semble donc régner entre la loi, la jurisprudence et la doctrine quant à la primauté de l'intérêt social sur celui de l'actionnaire, la notion de l'intérêt social reste à définir. Pour ce faire, il faut partir de l'intérêt légitime des actionnaires. Nous croyons pouvoir affirmer que tout actionnaire devrait avoir un intérêt légitime à la réalisaton du but social, dans le sens restrictif du terme, c'est-à-dire la réalisation du but qui n'est pas le but statutaire par lequel la société fait connaître son domaine d'activité, mais le but fondamental, à savoir la distribution d'un dividende dans les SA à but économique, où il reste trop souvent implicite, et le but charitable ou coopératif dans les SA à but non économique.

L'actionnaire se doit dès lors de donner à la société les moyens d'atteindre ce but. Dans un arrêt précité, le Tribunal fédéral parle de « l'intérêt bien compris » de la société [33]. L'intérêt bien compris de la société, c'est en réalité l'intérêt des actionnaires à la réalisation du but social, la société étant avant tout la « chose » des actionnaires. Cette impression nous est confirmée par l'arrêt du Tribunal fédéral qui déclare que la nouvelle tendance visant à protéger aussi l'intérêt des sociétés anonymes consi-

---

[30] Benoit Armand. *La représentation de groupes et de minorités d'actionnaires à l'administration des sociétés anonymes.* Thèse Lausanne, 1956, p. 92.

[31] Guhl Theo. *Die Ergebnisse der Beratungen der Expertenkommission für die Revision des Obligationenrechts.* RSJB 62 (1926), p. 103. — Kuhn H. *Die Aktiengesellschaft im Entwurf des revidierten Obligationenrechts.* RSJB 69 (1933), p. 53.

[32] Consulter notamment Siegwart Alfred, *op. cit.* Einleitung Nr. 217, et Fehr Hans. *Das dynamische Element im künftigen schweizerischen Handelsrecht,* dans *Beiträge zum Handelsrecht, Festgabe Carl Wieland.* Bâle 1934, p. 73.

[33] cf. note 25, p. 93.

dérées en elles-mêmes « est inspirée par l'idée que la prospérité de l'entreprise est la meilleure sauvegarde des intérêts des sociétaires eux-mêmes. » [34] Il n'est pas rare qu'un actionnaire, sous couvert d'un droit acquis, fasse valoir des intérêts personnels égoïstes ; pour ne pas fausser le jeu de la société anonyme, ceux-ci doivent être subordonnés à l'intérêt social auquel l'actionnaire avait accepté de se soumettre en participant financièrement à la société. C'est pour cette raison que, partout ou l'intérêt de l'actionnaire entre en conflit avec l'intérêt social, on ne peut parler de droit acquis absolu mais seulement de droit acquis relatif. C'est un peu la conclusion de Bergier lorsque, parlant de la confusion créée par l'expression droit acquis, il écrit: « L'on dit : l'atteinte à ce droit n'est pas valable parce que la qualité de droit acquis existait ; et la qualité de droit acquis existait parce que l'atteinte au droit remplissait telle condition de fait, à savoir: parce qu'elle n'avait pas de justification. Ne serait-il pas plus simple de dire directement: l'atteinte à ce droit de l'actionnaire n'est pas valable parce qu'elle est injustifiée, et de ne pas mêler encore des droits acquis à la question ? » [35]

L'article 646 CO a cependant le mérite de limiter les pouvoirs d'une majorité abusive, qui ne peut dorénavant plus supprimer durablement et sans motif un droit de l'actionnaire; elle peut les rapporter temporairement — pensons simplement au droit au dividende — mais dans le seul intérêt de la société, c'est-à-dire dans l'intérêt des actionnaires eux-mêmes. En d'autres termes, les droits de l'actionnaire lui sont acquis pour tempérer les pouvoirs de la majorité, mais de manière relative seulement, de telle sorte que la majorité puisse aussi faire valoir l'intérêt bien compris de la société.

C) *Le droit acquis de l'actionnaire au maintien des vocations économique et non économique des sociétés anonymes*

A la lumière des conclusions selon lesquelles un droit acquis peut être temporairement limité mais ne peut être retiré à l'actionnaire sans son consentement, il va être plus aisé de déterminer si l'actionnaire a un droit acquis à bénéficier des libéralités ou des avantages que la société se promet de lui fournir conformément au but qui lui a été fixé.

Selon la jurisprudence, ce qui distingue le droit acquis d'un droit de privilège, c'est son titre d'acquisition ou, si l'on veut, l'étroitesse des liens qui le

---

[34] JT 1926 I 234 = RO 51 III 412 et, dans le même sens, JT 1934 I 516 = RO 59 II 44.

[35] Bergier Jean, *op. cit.* p. 185.

rattache à son titulaire [36]. Prenons l'exemple du droit au dividende, auquel le législateur a attribué cette qualité, et voyons ce qu'il représente :

Dans notre essai de définition de la société anonyme à but non économique, la notion de dividende nous est apparue comme l'une des caractéristiques essentielles de la SA traditionnelle, sinon la principale; en interdisant à une société de supprimer le droit au dividende de l'actionnaire sans son consentement, la loi l'empêche de changer d'orientation, de passer d'une activité lucrative à une activité délibérément non lucrative. Cette interdiction paraît valable aussi dans l'hypothèse inverse, où l'actionnaire est en droit d'exiger que l'argent qu'il investit dans des activités de bienfaisance ne soit pas soudainement voué à des tâches exclusivement mercantiles.

Le fait, pour le droit au dividende, d'être cité à l'article 646 al. 3 comme l'un des droits acquis se comprend parfaitement, dans la mesure où le droit de la SA est principalement conçu pour régler des sociétés à but lucratif. Se limiter à parler de droit acquis au dividende est cependant insatisfaisant, l'expression laissant complètement de côté les SA à but non lucratif.

Dans le système actuel, les fondateurs doivent opter, lors de la fondation, entre deux orientations: fonder une SA à but économique ou fonder une SA dont le but n'est pas de nature économique. C'est, nous l'affirmons, sur le maintien de cette orientation que l'actionnaire a un véritable droit acquis. Une telle solution permet d'éviter la gradation du droit au dividende en trois échelons différents et donne naissance simultanément à un droit acquis absolu qui ne peut être réduit, même temporairement, sans l'assentiment de tous les sociétaires.

Dans les sociétés à but non économique, il est impossible, pour des raisons que nous évoquerons plus loin, de créer un droit acquis qui soit le pendant du droit au dividende. L'avantage de la formule d'un droit acquis plus général est qu'elle reste valable aussi bien dans le cas de la société à but économique que dans le cas contraire.

Avec notre définition de la société anonyme à but non économique, peuvent être bénéficiaires de l'activité de la société

— les actionnaires exclusivement et tous ensemble ;

— les actionnaires ou certains d'entre eux, seuls ou simultanément avec des tiers ;

— des tiers exclusivement.

---

[36] JT 1926 I 234 = RO 51 II 412 et RO 61 II 171 : cause Paulmes c. Caisse de retraite des employés du Comptoir d'Escompte de Genève.

Dans la première hypothèse, il serait possible de reconnaître à l'actionnaire un droit acquis aux prestations promises par la société ou à bénéficier de l'activité de la société, tous les actionnaires bénéficiant du même droit. Dans la deuxième hypothèse il serait déjà plus délicat de reconnaître aux actionnaires bénéficiaires un droit acquis, celui-ci faisant figure entre les actionnaires de privilège et des tiers pouvant simultanément jouir des mêmes avantages. Enfin dans la troisième, il serait inutile de parler de droit acquis, les tiers bénéficiant seuls des avantages offerts par la société. Dans les trois cas pourtant, l'activité de la société et ses prestations seraient les mêmes, sans que les différents intéressés puissent faire valoir les mêmes droits. C'est aussi pour cette raison qu'on ne peut reconnaître à l'actionnaire un droit acquis aux prestations de la société mais seulement un droit acquis au maintien de l'orientation prise à la fondation et inscrite dans les statuts.

En présentant sa théorie du double but, Zumstein déclare que le but final, soit la distribution des bénéfices aux actionnaires, est secondaire par rapport au but statutaire, lui-même défini comme moyen, c'est-à-dire le genre d'activité sur lequel les actionnaires sont tombés d'accord et par lequel ils attendent réaliser un profit [37]. Si l'on s'arrête aux dispositions légales et particulièrement à l'article 646 CO qui qualifie le droit au dividende de droit acquis, et à l'article 648 al. 1 CO qui soumet la transformation du but social à la majorité qualifiée des deux tiers au moins du capital, social, c'est plutôt l'inverse qui est vrai. Cela justifie pleinement l'attribution de la qualité de droit acquis au droit au maintien du but économique ou non économique de la société. Cette solution présente le double avantage d'être parfaitement conforme à l'esprit de la loi et de ne provoquer aucune modification de texte, l'interprétation permettant d'y aboutir.

Les avantages promis par la société doivent-ils faire l'objet d'une clause facultativement nécessaire des statuts ?

La réponse à cette question n'est nullement évidente. Elle l'est d'autant moins qu'elle dépend du type de société pris comme hypothèse de travail. Il faut à nouveau faire la distinction entre sociétés anonymes du type traditionnel et sociétés anonymes du type exceptionnel au sens où nous l'entendons, c'est-à-dire à but non économique.

---

[37] Zumstein Jacques. *Du caractère institutionnel de la société anonyme.* Thèse Lausanne, 1954, p. 74-82.

A) *Société anonyme à but économique*

Pour celle-ci, les dispositions légales forment un système cohérent : d'abord les articles 660 al. 1 et 662 al. 1 CO établissent que chaque actionnaire a droit à une part proportionnelle du bénéfice net, qui se calcule d'après les résultats du bilan annuel; ces deux dispositions sont ensuite complétées par les articles 675 et 698 al. 2 ch. 3 CO, qui précisent que les dividendes ne peuvent être prélevés que sur le bénéfice net et sur les réserves constituées à cet effet, qu'aucun intérêt ne peut être payé sur le capital social et que le droit de fixer le dividende appartient à l'assemblée générale. Le système ainsi établi empêche toute distribution de libéralités estimables en argent aux actionnaires avant l'établissement du bilan annuel. Même imputées sur le dividende lors de son calcul à la fin de l'année commerciale, ces libéralités sont inadmissibles et inconciliables avec les prescriptions légales, l'avance sur dividende étant illicite en droit suisse. En raison de la nullité des décisions qui prévoieraient la distribution de libéralités aux actionnaires en cours d'exercice, l'inscription dans les statuts d'une clause prévoyant très précisément la nature de celles-ci et contraignant la société à les accorder gratuitement ou à un prix réduit d'ores et déjà déterminé est proscrite. Il ne peut en être autrement, sous peine d'éluder l'article 675 al. 1 CO qui interdit à la société de payer un intérêt sur le capital social.

B) *Société anonyme à but non économique*

Dans le cas des sociétés anonymes sans but économique, dont l'article 620 al. 3 CO autorise la fondation, il y a une antinomie certaine entre cette prescription et le système légal des articles 660 al. 1, 662 al. 1, 675 et 698 al. 2 ch. 3 CO. Pour des raisons fort simples, la validité de clauses prévoyant l'octroi d'avantages à certaines personnes, actionnaires ou autres, doit être admise. Dans les sociétés anonymes du type habituel, on laisse sous-entendus des points évidents, tels que précisément la recherche d'un gain commun à partager entre tous les actionnaires. La recherche du profit est si étroitement liée à la société anonyme que personne ne croit encore utile de le rappeler dans les statuts, ce qui donne naissance à la présomption que le but est économique dans toutes les sociétés anonymes. Les fondateurs d'une société anonyme qui n'aurait plus un tel but sont donc obligés, lors de sa constitution, de prévoir une clause qui fasse tomber la présomption et qui indique de manière plus ou moins nette que le but n'est plus économique. Pour reprendre à ce propos la distinction de Gilliard, rappelons que le but peut se définir sur trois plans différents, à savoir :

1. La nature des opérations. C'est le mode normal de définition du but qui est une forme elliptique de s'exprimer, puisqu'elle laisse sous-entendue la finalité dernière de la société, soit la recherche du profit.

2. La recherche du profit (présumée par la loi) ou la renonciation à cette recherche (al. 620 al. 3 CO). Cette façon d'exprimer le but social est trop imprécise et nécessite la plupart du temps des clauses connexes concernant les moyens d'y arriver.

3. La désignation des bénéficiaires directs de l'activité sociale. C'est cette forme-là que nous devions rencontrer le plus souvent dans les statuts des sociétés anonymes à but non économique que nous avons rencontrées. C'est la seule façon de définir le but en marquant avec suffisamment de netteté que les possiblités de réaliser un bénéfice sont restreintes, voire nulles [38].

Parce que l'usage de taire le but premier de la société s'est progressivement instauré, créant ainsi la présomption que toute société anonyme poursuit naturellement une activité lucrative, les statuts devront nécessairement être plus précis qu'ils ne le sont généralement et indiquer sans équivoque si la société est à but non lucratif. Rappelons que l'article 626 al. 1 ch. 2 CO prévoit que les statuts doivent contenir une disposition sur l'objet et le but de l'entreprise. La question se pose maintenant de savoir si cette disposition nécessaire des statuts peut fixer à l'avance la nature des prestations promises, leur valeur ou leur prix et les bénéficiaires auxquels la société les destine. Nous ne pensons pas qu'il soit licite de fixer à l'avance le montant ou la valeur des libéralités que la société versera aux bénéficiaires. Insérer une telle clause serait faire fi de la situation future de la société et des intérêts des créanciers, au profit du seul intérêt des bénéficiaires de l'activité sociale.

Dans les sociétés anonymes à but économique où le dividende est en principe payable en espèces, son montant ne peut jamais être déterminé avant la clôture de l'exercice social. A partir de ce moment-là seulement, le dividende peut être versé, la société étant en outre tenue de déterminer l'emploi du bénéfice net et de fixer en particulier le dividende dans un délai de six mois à partir de ce jour. Au contraire des dividendes, les avantages accordés par la société peuvent non seulement prendre les formes les plus diverses mais encore être distribués en cours d'exercice, rendant inapplicable, même par analogie, la règle selon laquelle le dividende est fixé dans les six mois qui suivent la fin de l'exercice. Malgré ces différences fonda-

[38] Gilliard François, *op. cit.* p. 151.

mentales entre les dividendes et les libéralités, il n'en reste pas moins que la règle selon laquelle les dividendes ne sont jamais déterminés à l'avance doit être reprise dans les sociétés anonymes à but non économique. Il n'y a, en effet, pas de différence fondamentale entre celles-ci et les sociétés à but économique du point de vue de leur situation financière, aussi sujette à variations chez les unes que chez les autres. En outre, la sauvegarde des intérêts des créanciers mérite que cette règle continue de s'appliquer dans les sociétés à but non économique.

Il faut aussi remarquer que, pour exercer leur activité et atteindre leur but dans les meilleures conditions, ces sociétés, et particulièrement les sociétés d'utilité publique et de bienfaisance, ont besoin de ne pas être soumises à des prescriptions légales trop strictes qui entraveraient leur liberté de mouvement et limiteraient leur efficacité. Il n'est pas souhaitable que ces sociétés soient obligées d'attendre la fin de leur exercice pour déterminer les privilèges qu'elles vont octroyer à leurs bénéficiaires, comme c'est le cas pour les dividendes dans les sociétés anonymes traditionnelles. Nous sommes pas ailleurs de l'avis que, compte tenu des dispositions légales actuelles, il n'est pas possible de l'exiger de ces sociétés, aucune société n'ayant jusqu'à ce jour été forcée de réaliser un profit. Ce que la loi interdit, c'est la distribution indue de dividendes. Les libéralités que les actionnaires de sociétés anonymes à but non économique vont recevoir, comme des coopérateurs, ne pourront jamais être considérées comme des dividendes, si la société prend la précaution de définir statutairement et aussi clairement que possible son but désintéressé. Il ne s'agira alors plus d'une distribution indue de dividendes mais de la pleine réalisation de son but social.

La société à but non économique pourra et devra définir très précisément dans ses statuts les prestations qu'elle cherchera à fournir à ses actionnaires. Qu'elle prévoie en outre que ces avantages seront soumis à des prix variables selon les possibilités financières du moment, est aussi parfaitement envisageable.

Si la conjugaison de l'intérêt bien compris de la société et de l'intérêt bien compris de ses créanciers interdit aux sociétés anonymes à but économique aussi bien qu'aux autres de prévoir statutairement le montant des dividendes ou des prestations prochainement distribuables aux actionnaires ou à des tiers, elle n'interdit pas que la société détermine aussi précisément que possible ses buts et son domaine d'activité, définition dont vont dépendre non seulement la sécurité des créanciers et celle des actionnaires mais encore la liberté de mouvement de la société, suffisante et nécessaire à la pleine réalisation de ses objectifs.

Si l'actionnaire a un droit acquis au maintien de l'option prise par la société lors de la fondation, il n'a pas de droit acquis à recevoir, à des

conditions déterminées à l'avance, une prestation de la société, avant que celle-ci n'ait pris la décision de la lui octroyer. C'est ici que se pose la question de la compétence de l'assemblée générale, de l'administration ou de la direction, à déterminer le montant des libéralités qui seront accordées aux bénéficiaires.

Dans la société anonyme à but économique, ce droit appartient de manière inaliénable à l'assemblée générale (art. 698 al. 2 ch. 3 CO). On pourrait donc par analogie admettre qu'il revient aussi de droit à l'assemblée générale des sociétés à but non économique, de fixer le montant des libéralités. Nous pensons cependant qu'en l'absence de dispositions expresses à ce propos, les statuts sont libres d'attribuer cette compétence à l'organe de leur choix. Et si, par hasard, aucune disposition statutaire n'attribuait cette compétence à l'un ou l'autre organe, nous pencherions pour la solution consistant à autoriser l'administration à prendre cette décision, conformément à l'article 721 al. 2 CO.

Nous penchons pour cette solution car, contrairement à ce qui se passe au sein de la société à but économique, la fixation des libéralités n'est plus l'objet d'une décision d'un jour mais peut devoir se répéter au cours de l'exercice social. Il vaut dès lors mieux confier cette tâche à un organe chargé de la gestion et par conséquent bien renseigné sur la situation de la société. De cette manière aussi, les sociétés d'utilité publique ou de bienfaisance conservent une certaine liberté de manœuvre leur permettant d'atteindre leur but d'une façon optimale. Il faut rappeler que si, dans la société anonyme à but économique, c'est l'assemblée générale qui décide du dividende, c'est cependant l'administration qui le lui propose, car elle est mieux en mesure de le faire.

Il faut conclure en insistant sur la nécessité, dans les SA à but non économique, de faire figurer dans les statuts des dispositions indiquant avec toute la précision nécessaire l'orientation non économique choisie, le cercle des bénéficiaires de l'activité sociale ainsi que le type des avantages que la société compte octroyer, si cela ne ressort pas implicitement de la définition du but non économique. Pour plus de sécurité, ces dispositions indiqueront l'organe compétent pour fixer les libéralités ; si les statuts restent muets, c'est à l'administration qu'il appartiendra de les fixer.

L'absence d'une définition indiquant avec suffisamment de clarté le caractère non économique de la société sera sanctionnée le cas échéant par une action en responsabilité contre les fondateurs ou les administrateurs. Cette situation se présentera, par exemple, à l'actionnaire qui aura pris une participation dans une société, en croyant de bonne foi qu'elle poursuivait un but économique, et qui découvrira, après n'avoir jamais touché de dividende, qu'elle poursuivait en réalité un but qui favorisait directement

d'autres personnes. Pour éviter une telle sanction, il est indispensable de ne laisser planer aucune doute, ni dans l'esprit des créanciers, ni dans celui des actionnaires, sur l'activité réelle déployée par la société.

Le juste prix

En relation très étroite avec la question précédente suscitée par l'hypothèse de statuts prévoyant exactement la nature des prestations sociales et contraignant la société à les accorder gratuitement ou à un prix d'ores et déjà déterminé, Gilliard propose, pour pallier les difficultés, le critère du juste prix, selon lequel la prestation ne peut être gratuite si le capital est entamé, l'actionnaire devant la payer à son juste prix [39].

Cette solution est pleine de bon sens, si la situation financière exacte de la société est connue lorsque la prestation est effectuée. C'est par exemple le cas dans les SA à but économique lorsque les dividendes sont distribués : ils sont fixés lors de l'assemblée générale réunie dans les six mois suivant la clôture de l'exercice. Arrêtée à ce moment-là, la situation financière ainsi que les résultats annuels sont connus. Ce n'est malheureusement plus possible dès l'instant où les sociétés, en se fixant des buts non économiques, renoncent simultanément aux bénéfices et effectuent leurs libéralités en cours d'exercice. L'insuffisance du prix demandé sera souvent constatée plus tard, lorsque les résultats négatifs, voire la faillite de l'entreprise seront connus. Une autre difficulté est celle de savoir ce que recouvre exactement la notion de juste prix. Il peut s'agir du prix de revient comme il peut s'agir du prix de marché, c'est-à-dire du prix que devraient payer les tiers pour acquérir le même service. Posée autrement, la question consiste à savoir en fonction de qui ou de quoi le prix se révèle juste. A première vue, le prix se révèle juste en fonction de la situation financière de la société, car chaque fois qu'elle sera mauvaise, le prix sera remis en question. Mais le prix peut aussi être considéré comme juste en fonction de ce qui se passe sur le marché. La difficulté consiste alors à trouver des critères objectifs pour déterminer le juste prix, difficulté qui sera aggravée par le fait qu'il devra se calculer à un moment où la situation de l'entreprise est mauvaise et en sera par conséquent automatiquement influencé. Comme le passage d'une situation saine à une situation malsaine n'est pas toujours brutal, il semble exclu de vouloir réclamer le juste prix à tous ceux qui ont bénéficié antérieurement de l'activité sociale. En effet, ceux-ci se prévaudront de leur responsa-

[39] Gilliard François, *op. cit.* p. 155.

bilité limitée ou de leur bonne foi, basée sur les buts désintéressés de la société mais aussi sur leur ignorance de la situation réelle de la société à l'époque où ils auront bénéficié de ces avantages. L'action révocatoire de la poursuite pour dettes et faillite n'apporte pas non plus le remède souhaité, car elle n'est possible que contre les donations et dispositions à titre gratuit faites dans les six mois précédant la déclaration de faillite (art. 286 LP), et il sera bien souvent trop tard.

La solution du juste prix ne résoudrait le problème que si cette notion pouvait être exactement définie. Néanmoins, lorsque le capital est entamé et que la société poursuit son activité non lucrative, il serait illogique et inéquitable que la société ne réclame pas le juste prix. Réclamer ce juste prix après coup aux différents bénéficiaires, tiers ou actionnaires, est une autre question. Pour l'admettre, il faudrait au moins qu'ils aient eu connaissance de la situation de la société.

Exiger du bénéficiaire un juste prix en cours d'exercice, est du ressort des organes compétents pour décider de l'octroi et du prix des prestations fournies par la société. Si l'assemblée générale ne peut distribuer de dividende lorsque la situation financière de l'entreprise ne s'y prête pas, l'organe compétent de la SA à but non économique, assemblée des actionnaires, administration ou direction, ne saurait, face à une situation précaire, effectuer gratuitement ou à un prix insuffisant ses prestations en faveur des bénéficiaires de l'activité sociale. Au chapitre précédent, nous avons donné la préférence à la solution consistant à reconnaître la compétence de l'octroi et du calcul des libéralités à un organe chargé de la gestion, pour la bonne raison qu'il paraît le mieux placé pour le faire. En adoptant cette solution, nous rendons simultanément cet organe responsable du calcul du juste prix.

Il n'est pas nécessaire de recourir à des théories trop élaborées lorsque les principes consacrés par la loi apportent les garanties nécessaires. Nous pensons tout particulièrement à l'article 754 CO, selon lequel « toutes les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle répondent, à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social du dommage qu'elles leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs ». En d'autres termes, nous estimons que, si l'administration possède la compétence de déterminer le juste prix, elle seule engage sa responsabilité lorsque les libéralités qu'elle consent aux bénéficiaires entament le capital social. S'il revient à l'assemblée générale de fixer le prix de ces prestations, l'administration a les moyens de veiller à ce qu'elle reste raisonnable dans ses décisions par l'intermédiaire de l'action en invalidation (art. 706 CO). Cette solution est la seule possible dans la situation quelque peu particulière des SA à but non lucratif, solution qui offre deux avantages : d'une part, elle requiert de l'administration une grande

vigilance, l'un des meilleurs gages de sécurité pour les créanciers et les actionnaires ; d'autre part, elle ne fait aucune distinction selon la qualité des bénéficiaires, ce qui prend toute son importance lorsque actionnaires et tiers bénéficient à la fois des avantages que leur procure la société. Admettre le critère du juste prix après coup, ce serait naturellement la solution idéale si son application n'était pas aussi difficile. Elle introduirait d'autre part un élément d'insécurité nuisible à la bonne réalisation du but social.

Une nouvelle catégorie juridique d'actionnaires au sens de l'article 708 al. 4 CO ?

Telle est la dernière question à laquelle il faut répondre, avant de clore ce chapitre concernant les libéralités promises par une société à but non économique à ses bénéficiaires.

Rappelons tout d'abord que la doctrine est quasi unanime à reconnaître à un groupe d'actionnaires une situation juridique différente, lorsque ses membres détiennent des actions matérialisant des droits différents [40]. Nous avons, de notre côté, reconnu à l'actionnaire un droit acquis général au respect du but social, c'est-à-dire au maintien de l'orientation économique ou non économique choisie lors de la fondation [41]. Il n'y a donc plus entre les membres de la société de différence juridique liée à la possession de telle ou telle action, mais seulement une différence de fait lorsque certains d'entre eux seulement bénéficient de l'activité sociale, qui ne suffit pas en elle-même à définir une nouvelle catégorie d'actionnaires. Toutefois, il n'est pas exclu que les statuts désignent les actionnaires bénéficiaires ou indiquent les conditions à remplir pour bénéficier de son activité, conditions qui, selon nous, définissent une catégorie nouvelle d'actionnaires. On peut, en effet, très bien imaginer une société anonyme s'identifiant à une fondation, qui désignerait nommément les actionnaires bénéficiaires de son activité. Même si le droit aux prestations promises par la société n'est pas attaché à la possession d'un titre donné, il est attribué par les statuts à des actionnaires remplissant des conditions personnelles déterminées qui suffisent, à nos yeux, à donner naissance à un nouveau groupe d'actionnaires méritant d'être protégé par l'article 708 al. 4 CO.

---

[40] Benoit Armand, *op. cit.* p. 170. — Bürgi Wolfhart, *op. cit.* art. 708. — Gerber Hans. *Gruppenbildung und Gruppenschutz in der Aktiengesellschaft.* Thèse Berne, 1946. — Schucany Emil, *op. cit.* art. 708.

[41] cf. p. 98.

Nous n'irons pas jusqu'à prétendre que cette catégorie d'actionnaires est titulaire d'actions privilégiées, puisque le privilège n'est pas lié à la possession d'un titre particulier mais seulement à la réunion de conditions propres à la personne de l'actionnaire. En d'autres termes, tous les titres incorporent les mêmes droits, mais certains actionnaires peuvent bénéficier d'avantages supplémentaires, parce qu'ils remplissent certaines conditions personnelles, de religion, de fortune, etc., fixées par les statuts.

Lorsque tous les actionnaires bénéficient ou peuvent bénéficier des avantages tenus à leur disposition par la société, il n'y a naturellement pas de nouvelle catégorie d'actionnaires. Lorsque seule une partie d'entre eux, soumise à des conditions personnelles par les statuts, retirent des avantages de l'activité sociale, il faut admettre l'existence d'une nouvelle catégorie juridique d'actionnaires, même si la distinction ne se base pas sur la possession d'un certain titre incorporant des droits différents. L'alinéa 4 de l'article 708 CO ne précise en effet pas que seule la possession d'un titre différent des autres puisse donner naissance à une nouvelle catégorie juridique d'actionnaires. Nous pensons, au contraire, qu'une nouvelle catégorie d'actionnaires peut être déterminée de multiples façons, l'une d'entre elles étant de définir dans les statuts les conditions à remplir par l'actionnaire pour bénéficier d'avantages que les autres actionnaires ne pourront exiger de la société.

Il est aussi à relever que les sociétés anonymes à but non lucratif, dont seule une catégorie d'actionnaires retire des avantages, sont rares car elles sont le plus souvent créées au bénéfice de tous les actionnaires, de tiers ou des deux à la fois.

Conclusion

Du moment qu'on ne peut faire appel à la responsabilité des actionnaires pour garantir une saine gestion de la société à but non économique et que le recours au juste prix ne se justifie que dans les cas de négligence coupable ou d'une attitude carrément abusive des actionnaires, il fallait chercher si les règles légales actuelles apportaient les garanties nécessaires. Il eût été, par exemple, possible de soumettre ces libéralités aux règles sur le dividende et de respecter les règles de l'établissement du bilan annuel et de l'attribution d'une partie des gains réalisés à la constitution d'un fonds de réserve légal. Cette idée nous était venue à la suite de la constatation que ces deux formes de « distribution » remplissaient le même rôle dans leur société respective. Malheureusement, si chacune de ces « distributions » permet de

remplir le but fondamental de leur société respective, il est dans la nature même de la société anonyme à but non économique, de pouvoir renoncer au profit, ce qui rend cette solution inapplicable.

En assurant un droit acquis au dividende, les règles en vigueur cherchent à garantir aux actionnaires le maintien du but fondamental de la société anonyme à but économique, tout en donnant en contrepartie aux créanciers certaines garanties. La réalisation du but non lucratif de certaines sociétés anonymes devrait donc elle aussi être garantie à leurs membres et il ne sera pas toujours possible d'attendre la fin de l'exercice annuel pour le faire ; si elles réalisent un bénéfice, les créanciers ne perdent cependant pas toutes leurs garanties, car elles seront soumises, au même titre que les autres, aux règles sur la constitution et l'alimentation du fonds de réserve légal; si elles ne réalisent aucun profit, les créanciers peuvent toujours compter sur le capital social comme dans les sociétés qui ne réalisent pas de bénéfice malgré leur but lucratif. Ils compteront ensuite sur la responsabilité des personnes chargées de l'administration, de la gestion et du contrôle, personnes auxquelles il revient d'exiger des bénéficiaires un juste prix pour les prestations que ces sociétés leur fournissent. C'est en fait exactement ce qui se passe déjà dans les sociétés à but économique, où le dividende et son taux sont proposés par l'administration à l'assemblée générale des actionnaires. On peut parler dans ces sociétés-là de juste dividende, c'est-à-dire d'un dividende qui répond aux prétentions légitimes des actionnaires, tout en n'étant pas trop élevé, pour laisser à disposition de la société des fonds lui permettant de poursuivre ses activités en toute sécurité et indépendance. Tant qu'aucune disposition légale ne force la société à faire du profit, il n'est pas possible d'assurer de meilleures garanties aux créanciers sociaux que celles prévues par la loi actuelle, ni de forcer les sociétés à but non économique à effectuer leurs prestations en fin d'exercice. Cela signifie que, du point de vue des créanciers, il y a quasi-identité de régime entre la société à but économique ne réalisant aucun bénéfice et la société qui l'exclut d'emblée, à la seule différence que les statuts de la seconde devront préciser ce point, donnant par la même occasion un renseignement précieux, sinon un avertissement aux créanciers.

C'est pour cette raison que les créanciers sociaux devront se contenter de la responsabilité des administrateurs, en souhaitant qu'ils sauront freiner l'appétit trop gourmand de certains de leurs actionnaires et appliqueront des méthodes susceptibles d'apporter des garanties meilleures. Le choix que nous faisons de renoncer à apporter des modifications à la loi dans le cas des sociétés anonymes à but non économique, ne nous est pas dicté par le fait que nous considérerions la loi comme parfaite, mais que, dans son texte actuel, elle nous paraît suffisante. Cette impression nous a été confirmée

lorsque, sur la base de l'article 646 CO, nous avons pu reconnaître à l'actionnaire un droit acquis à ce que la société remplisse son but social non lucratif en distribuant les prestations qu'elle promet d'effectuer. Point n'a été besoin d'un nouvel article créant un droit acquis de l'actionnaire au maintien du but social, le texte légal se prêtant déjà à une telle interprétation. Nous devons aussi renoncer à compléter l'article sur la réserve légale qui prévoirait l'attribution à ce fonds de montants proportionnels aux avantages accordés par la société, pour la raison qu'une disposition de ce genre impliquerait une définition de la société anonyme à but non économique qui n'existe pas encore. Quant à prévoir des disposition spéciales pour les sociétés anonymes à but non économique en général, c'est-à-dire sans les définir, nous recréerions artificiellement les problèmes insolubles posés par l'association. Nous préférons nous accommoder d'un système uniforme appliqué à des sociétés animées d'un esprit différent, et rechercher, dans les limites du code actuel, les chemins vers une solution satisfaisante et équitable.

A propos des actionnaires bénéficiaires, et à titre de dernière remarque, nous leur avons reconnu le droit de former une catégorie juridique d'actionnaires au sens de l'article 708 al. 4 CO car, s'il faut que la situation juridique de certains actionnaires soit différente de celle des autres pour qu'on leur reconnaisse la possibilité de former un groupe, nous avons admis que l'existence d'actions différentes, nominatives et au porteur, ordinaires et privilégiées, etc., n'était pas la seule manière d'y arriver, mais qu'il en existait d'autres, dans les sociétés anonymes à but non économique par exemple, consistant à déterminer dans les statuts et de manière précise une catégorie d'actionnaires, dont la situation juridique sera différente de celle des autres actionnaires.

PARTIE SPÉCIALE

CHAPITRE PREMIER

INTRODUCTION

Les questions soulevées dans la partie générale risquant de paraître quelque peu académiques, il convenait de compléter cette dernière par une étude concrète montrant l'usage qui a été fait en Suisse de l'article 620 al. 3 CO. Même si les exemples découverts en Suisse romande sont peu nombreux, ils suffiront à affaiblir le mythe de la société anonyme capitaliste, exclusivement dévouée à la rémunération financière égoïste des détenteurs du capital.

Une analyse du genre de celle à laquelle nous nous sommes livré permettra en outre d'apprécier les conséquences des dispositions légales actuelles, de tirer la leçon de l'usage qui a été fait en Suisse romande de cette forme de société et de proposer peut-être des corrections et améliorations nécessaires pour remédier à certaines imperfections de la loi.

Pour ne point révéler ce que le Registre du commerce ne dévoile pas, nous tairons les noms des sociétés qui font l'objet de cette analyse. Nous nous proposons de respecter, au cours de l'étude, la systématique des statuts, presque toujours identique d'une société à l'autre, afin d'en rendre la compréhension plus aisée. Nous ne manquerons naturellement pas de nous référer, en cours d'exposé, aux sujets traités dans la partie générale, et plus particulièrement aux questions de la société double, de la garantie des créanciers sociaux, d'une éventuelle catégorie nouvelle d'actionnaires, etc...

Le Registre du commerce n'étant pas un registre à entrées multiples, nous dirons aussi quelques mots sur la manière dont nous avons dû procéder pour découvrir en Suisse romande des sociétés anonymes à but non économique. Les difficultés rencontrées expliquent aussi, dans une très large mesure, pourquoi nous ne pouvons prétendre les avoir découvertes toutes.

L'enquête

Au Registre du commerce, les sociétés ne sont pas enregistrées et classées par leur but ou par le genre de leur activité, mais seulement par ordre alphabétique. Aussi notre tâche principale a-t-elle été de débusquer — le

terme n'est pas trop fort — un nombre suffisant de sociétés romandes dont le but ne fût pas de nature économique. Malgré le cercle géographique restreint, c'est non sans peine que nous avons pu recenser une vingtaine d'entreprises et susciter l'intérêt de leurs administrateurs, directeurs ou autres représentants, sans lesquels cette analyse n'aurait pu être effectuée.

Comme il n'est pas possible, à l'heure qu'il est, de s'adresser au Registre du commerce sans connaître au préalable la raison sociale de l'entreprise à laquelle on s'intéresse, le recensement que nous avons effectué est le fruit d'un dépouillement des principaux Registres du commerce de Suisse romande, de questionnaires adressés aux administrations fiscales cantonales et fédérale et au Bureau fédéral des statistiques, ainsi que d'entretiens avec les responsables des entreprises entrant en considération.

Pour prendre un bon départ, l'Annuaire suisse du Registre du commerce [1], qui donne sous une forme condensée le nom et le but de toutes les sociétés enregistrées en Suisse, nous a été précieux. Son dépouillement, long et fastidieux travail de défrichage, a permis d'établir une première liste de sociétés que nous présumions avoir un but non lucratif. A ce stade la simple présomption ne suffit pas : il faut véritablement de l'intuition, voire de la divination pour imaginer, par exemple, que « toutes opérations mobilières et immobilières, toutes gérances et d'une manière générale, toutes opérations industrielles, commerciales ou financières, tant en Suisse qu'à l'étranger » constituent un but non économique. Pourtant de tels cas se rencontrent !

Les administrations fédérale et cantonales des contributions ont constitué une deuxième source de renseignements. Les réponses et les noms des sociétés que nous avons pu obtenir des autorités cantonales ne correspondaient pas toujours à des sociétés à but non lucratif mais certaines d'entre elles favorisaient tout de même les intérêts de leurs membres et souvent celui du public en général.

L'administration fédérale, elle, était plus à même de répondre à notre demande, car l'article 17 al. 2 de la loi fédérale sur les droits de timbre du 4 octobre 1917 précise que « sont exonérées du droit de timbre les actions de sociétés établies en Suisse qui limitent les dividendes au maximum de cinq pour cent du capital-actions versé et n'allouent pas de tantièmes à leurs organes, si leur activité s'exerce, sans aucun but de lucre, en faveur des pauvres et des malades, des cultes, de l'instruction ou d'autres œuvres d'utilité publique, ou vise à procurer des habitations salubres et à bon marché, à condition que leurs statuts les obligent, en cas de dissolution, à effectuer à des buts semblables le solde de leur fortune sociale, après remboursement du capital-actions versé ».

---

[1] Edition 1972, Orell-Füssli Verlag, Zurich.

La nouvelle loi fédérale sur les droits de timbre du 27 juin 1973 a repris, à quelques mots près, le texte de l'ancien article 17 al. 2. Le nouvel article 6 al. 1 a) dit ceci: « les droits de participation à des sociétés anonymes, sociétés en commandite par actions, sociétés à responsabilité limitée ou sociétés coopératives qui exercent leur activité, sans aucun but de lucre, en faveur des pauvres et des malades, des cultes, de l'instruction ou d'autres œuvres d'utilité publique, ou qui visent à procurer des habitations à loyer modéré ou à cautionner, en tant que, d'après les statuts,

— les dividendes sont limités au maximum à 6 pour cent du capital social versé,

— le versement de tantièmes est exclu, et

— le solde de la fortune, après remboursement du capital social versé, est affecté à des buts semblables, en cas de dissolution de la société. »

On constate que l'évolution de la situation économique a conduit le législateur à augmenter de un pour cent le taux maximum de dividende toléré.

Cette définition des sociétés qui sont exonérées du droit de timbre concorde parfaitement avec la définition que nous donnons des sociétés à but non économique. Nous retrouverons très logiquement les divers éléments de cette définition dans les statuts de plusieurs des sociétés analysées ci-après. On peut cependant déjà mettre en exergue les caractéristiques suivantes :

— la loi fédérale sur les droits de timbre n'exclut pas le dividende pour les sociétés anonymes sans but lucratif mais le limite à un taux d'intérêt courant. Une clause limitative de ce genre exclut que la société modifie son but en rétablissant l'aspect lucratif de son activité ;

— les tantièmes sont eux aussi prohibés ;

— le capital-actions, lors de la liquidation, peut être remboursé tout au plus à la valeur nominale.

Avec ces trois limitations, toute notion de lucre est supprimée et souscrire au capital de telles sociétés revient à leur faire un prêt dont l'intérêt n'est ni fixe ni garanti.

Au Bureau fédéral des statistiques, qui classe en plusieurs branches économiques les 64 379 SA recensées au 31 décembre 1970, il n'a pas été possible de retirer plus d'informations. Il n'a pu fournir, pour la Suisse entière, que douze noms de sociétés à buts sociaux ou religieux. Dans sa réponse, il regrettait, lui aussi, que le but purement idéal ne ressorte pas mieux des données du Registre du commerce.

Une fois en possession d'une liste établie sur la base des informations glanées aux sources indiquées, nous avons procédé à la vérification auprès

du Registre du commerce, avec l'espoir de confirmer que ces sociétés poursuivaient bel et bien un but non économique et d'en découvrir de nouvelles avec l'aide des préposés au registre.

D'emblée nos espoirs de découvrir de nouvelles sociétés ont été déçus. On ne saurait cependant en tenir rigueur aux préposés qui, malgré leur bonne volonté, ne peuvent toujours percer les secrets de statuts trop vagues sur ce plan-là. A l'heure qu'il est, la tendance des statuts est de définir le but premier de la société en une phrase, puis de le compléter d'une liste d'autres domaines d'activité possibles ou de buts accessoires, qui ne permettent plus de caractériser absolument l'activité de l'entreprise, les formules utilisées laissant la porte ouverte à un champ d'activité quasiment infini. Dans cette situation, il n'est pas surprenant que le but idéal ou coopératif de la société ne ressorte pas avec toute la netteté nécessaire des actes de fondation et des statuts, sans parler du fait que les statuts confondent encore souvent but et objet.

Cette imprécision ou cette confusion au niveau du but de la société indique cependant clairement que, ce qui est important aux yeux des actionnaires, ce sont les dividendes et l'activité lucrative, qu'il ne convient même plus de mentionner.

Le silence des statuts est d'autant plus regrettable que les créanciers, ainsi que les actionnaires, auraient tout intérêt à connaître les motivations profondes qui guident l'entreprise. L'option lucrative ou désintéressée prise par les fondateurs de la société devrait être connue des actionnaires et des créanciers sociaux, qui pourraient modeler leur comportement envers elle sur ce qu'ils en savent. Pour les sociétés anonymes à tendance coopérative, une telle indication est plus délicate à faire figurer dans les statuts, mais pour celles qui renoncent au bénéfice, c'est chose facile. De cette manière seulement, l'attention des créanciers serait attirée sur l'éventualité de l'inexistance de réserves légales et bien des déboires leur seraient évités. Sur ce plan-là les fondateurs se mettraient à l'abri dans une certaine mesure de l'action en responsabilité des actionnaires et des créanciers sociaux.

Cette lacune pourrait être comblée par une revision de l'article 626 al. 1 CO si son ch. 2 était complété par les mots suivants :

> 2. L'objet, le but de l'entreprise et *sa nature économique ou non économique.*

Après vérification auprès du Registre du commerce, les informations que nous avions tirées de l'Annuaire suisse du Registre du commerce et que nous avions reçues du Bureau fédéral des statistiques et des différentes autorités fiscales se sont révélées exactes pour la très grande majorité d'entre elles. Notre premier inventaire ne s'est trouvé allégé que de quelques noms.

Par discrétion envers les sociétés découvertes et sur recommandation de certaines d'entre elles, nous indiquons simplement que nous en avons recensé en Suisse romande vingt et une, qui se répartissent de la manière suivante :

— dans le canton de Neuchâtel :	9
— dans le canton de Genève :	5
— dans le canton de Vaud :	4
— dans le canton de Berne (Jura) :	1
— dans le canton de Fribourg :	1
— dans le canton du Valais :	1
Total :	21

Parmi ces vingt et une sociétés, dix ont une tendance coopérative, en ce sens qu'elles servent exclusivement les intérêts de leurs membres, et, sur ces dix, cinq ont pour actionnaires des communes, ce qui implique qu'elles sont plutôt d'intérêt public, les habitants desdites communes bénéficiant très largement de leur activité.

Il existe certainement en Suisse romande un plus grand nombre de sociétés anonymes à but non lucratif, dans le secteur immobilier par exemple, sociétés d'actionnaires-locataires où l'actionnaire est unique dans certains cas, mais les difficultés dont il a été question plus haut nous les ont cachées.

Ne figurent pas non plus dans ce recensement un certain nombre de sociétés de transport, qui nous avaient pourtant été signalées comme ne poursuivant pas de but économique. Cette « erreur » tient aux résultats déficitaires enregistrés régulièrement par ces entreprises depuis de si nombreuses années, qu'il semblait impossible à nos interlocuteurs qu'elles aient conservé un but économique. Cela montre qu'il n'y a que peu de différence de fait entre les sociétés qui ne poursuivent pas de but économique et celles qui en poursuivent un sans jamais réaliser de bénéfices. Depuis longtemps ces sociétés de transport sont considérées de service public. Il n'en reste pas moins que, lors de leur fondation à la fin du siècle dernier, elles avaient été créées dans le but d'exploiter commercialement de nouvelles formes de transport, avec le ferme espoir de réaliser de substantiels bénéfices. Après quelques années déjà, elles ont déchanté et se sont retrouvées dans les chiffres rouges, certaines d'entre elles ayant même dû recourir à l'aide de l'Etat. Parmi toutes celles qui ont eu recours à l'intervention de l'Etat, une seule voyait passer tout son capital en mains des corporations publiques et modifiait ses statuts en conséquence, alors que les autres res-

taient en partie en mains de personnes privées, qui ne voulaient pas renoncer statutairement à des dividendes devenus pourtant très aléatoires.

Cet exemple montre combien il est difficile de trancher entre une théorie subjective et une théorie objective du but puisque, entre ces deux groupes de sociétés dont l'activité et les résultats financiers sont semblables, il y a une différence fondamentale de caractère qui tient à la volonté de fondateurs depuis longtemps disparus et d'actionnaires accrochés à l'espoir de jours meilleurs.

Au cours de notre enquête, une seule des personnes interrogées a émis un commentaire sur la définition des sociétés anonymes à but non économique qui lui était soumise; elle se demandait si l'on pouvait véritablement regrouper en une seule et même catégorie des sociétés dont le but correspond à celui que le législateur a prévu pour les associations (art. 60 CC) et celles à tendance coopérative, dont le but lui paraissait être nettement économique. Nous aimerions encore une fois rappeler, au risque de nous répéter, que c'est seulement en raison de l'utilisation malheureuse de termes imprécis que nous nous sommes permis, dans le cadre du droit de la société anonyme, d'admettre la synonymie entre les adjectifs économique et lucratif, et cela en raison de la réglementation très détaillée sur le dividende qui apparaît comme l'élément caractéristique de la société anonyme à but économique. Nous admettons cependant le caractère économique de certaines coopératives comme nous admettons que les actionnaire d'une société anonyme à tendance coopérative ne sont pas désintéressés, et nous regrettons devoir donner un sens différent au même mot selon les sociétés où il est employé.

CHAPITRE II

EXAMEN ET ANALYSE DE STATUTS

Raison sociale / Durée / Siège / But

Il n'y a aucun commentaire à formuler sur les raisons sociales, la durée et le siège de ces sociétés, sinon que quelques-unes de ces raisons sociales peuvent donner une première indication sur le type d'activité qu'elles exercent. Elles ont, d'autre part, toutes été constituées pour une durée indéterminée ou illimitée, selon les différentes terminologies employées. Si l'on voulait répartir ces entreprises en plusieurs branches, comme le fait l'Annuaire statistique de la Suisse, le tableau s'établirait comme suit :

— religion	5
— immobilier	4
— salubrité publique	3
— transport	2
— activité hospitalière	2
— instruction	1
— loisirs	1
— recherche scientifique	1
— énergie	1
— communications	1
Total	21

L'intérêt réside essentiellement dans la manière dont le but est défini, manière dont va dépendre la sauvegarde d'un sain équilibre entre les intérêts des créanciers et ceux des actionnaires. Rappelons que Gilliard a dégagé trois plans sur lesquels le but d'une société anonyme peut être défini :

— la première manière consiste à définir la nature des opérations en laissant sous-entendue la finalité dernière de la société, soit la recherche du profit, soit la satisfaction des besoins altruistes des actionnaires ;

— la seconde manière consiste à indiquer simplement si la société recherche ou renonce au profit ;

— la troisième manière consiste à désigner les bénéficiaires directs de l'activité sociale.

Peu de sociétés, deux en l'occurrence, ont eu recours au deuxième système de définition du but social, les autres se partageant également entre le premier et le troisième système. La moitié des sociétés étudiées omet donc volontairement ou involontairement une chose essentielle, la finalité dernière de la société. Se rangent dans cette catégorie de sociétés la société A de Genève qui a pour but « l'exploitation d'une centrale téléphonique de taxis pour la place de Genève, reliée en ligne directe avec toutes les stations publiques de taxis; l'acquisition de tous les appareils et du matériel permettant la réalisation du but ci-dessus; et d'une manière générale, toutes opérations commerciales, mobilières, immobilières ou financières se rattachant au but social et que la société pourra traiter directement ou indirectement, soit pour son compte ou pour le compte de tiers... », et la société B qui a pour but « la construction et l'exploitation des installations nécessaires à l'incinération des ordures ménagères et à d'autres déchets analogues récoltés sur le territoire des communes actionnaires: elle réalise les opérations financières, mobilières et immobilières se rapportant directement ou indirectement à ce but. Elle procède à toutes opérations commerciales relatives à l'emploi des résidus et de la chaleur ou de l'énergie produite par ses installations. Elle peut conclure des contrats avec des tiers désirant participer à l'utilisation de ses installations. Enfin, elle peut organiser voire exploiter un service de transport des ordures et déchets à l'intention de tout ou partie de ses actionnaires ou de tiers ».

Appartiennent à la deuxième catégorie la société C qui « n'a pas de but lucratif mais qui a pour objet la gérance des immeubles qu'elle possède aux chemins..., l'exploitation de l'école qui y est installée sous le nom de..., ainsi que la construction, l'achat et la vente d'immeubles, leur aménagement en écoles, institutions de jeunes gens ou en vue de toute autre affectation, l'exploitation et la gérance de ces immeubles et toutes opérations financières, industrielles, immobilières ou commerciales en rapport avec ce but », ainsi que la société D qui a pour objet « de procéder à toutes opérations mobilières ou immobilières, à toutes gérances, et, d'une manière générale, à toutes opérations industrielles, commerciales ou financières, tant en Suisse

qu'à l'étranger, à l'exclusion de l'achat et de la vente professionnelle de titres » et qui précise à un autre article de ses statuts qu'il « ne sera distribué aucun dividende aux actionnaires ».

Enfin, peuvent être groupées dans la troisième catégorie de sociétés la société E qui se donne pour objet « de favoriser en tous pays les œuvres catholiques romaines et les établissements d'instruction et de bienfaisance. A cet effet, elle se donne le mandat de recueillir, d'administrer et d'employer les souscriptions, dons et legs qui lui seront confiés avec des destinations générales ou spéciales conformes à son objet », la société F qui, dans le même sens, se fixe comme objectif « de favoriser les œuvres protestantes, notamment les prédications, les publications et les établissements de bienfaisance ; à cet effet, elle se donne le mandat de recueillir, d'administrer et d'employer les souscriptions, dons et legs qui lui seront confiés, avec des destinations générales ou spéciales, conformes à son objet ; et généralement toutes opérations financières, mobilières et immobilières pouvant se rattacher directement ou indirectement aux objets spécifiés ci-dessus », et la société G qui a pour objet « la création de maisons de vacances en Bretagne destinées principalement aux familles modestes de Suisse romande ayant besoin d'un changement d'air. Elle peut, pour atteindre son but, acheter des immeubles et construire des bâtiments... ».

Même en classant les sociétés recensées selon le plan sur lequel elles ont défini leur but, il n'est pas toujours possible, à la seule lecture de leurs statuts, de conclure au caractère économique ou non de leur but. Toutes, et c'est peut-être là un paradoxe, ont gardé des dispositions relatives à la répartition du bénéfice net, à la distribution de dividendes ou aux deux à la fois.

Les sociétés n'ont donc pas toutes expressément renversé la présomption qu'elles poursuivaient un but économique. Les actionnaires acceptent en quelque sorte tacitement que la société ne recherche pas le profit pour le leur redistribuer sous forme de dividendes. Pour les deux sociétés qui ont introduit, en cours d'existence, une clause statutaire précisant qu'elles n'avaient pas de but lucratif, ce n'est pas la loi fédérale sur les droits de timbre qui en est la cause, mais le souci de leur conseil d'administration de ne pas se voir un jour reprocher d'avoir manqué à leur plus élémentaire devoir, qui est de chercher à distribuer des dividendes. Ces administrateurs craignaient que la présomption ne jouât en leur défaveur. Ce souci légitime montre que certains administrateurs ont réalisé ce à quoi une rédaction insuffisante des statuts les exposait.

Nous savons par ailleurs que, dans l'une de ces deux sociétés, il n'a pas été possible, comme l'exige l'article 646 al. 1 CO, de recueillir l'assentiment de tous les intéressés, certains étant inatteignables. Dans ce cas particulier, la

société a donc préféré maintenir une clause sur le dividende, en lui fixant un taux maximum. Il faut ajouter que certains des actionnaires avaient fait don de leurs titres et auraient mal compris qu'ils constituassent une affaire pour les nouveaux porteurs.

Capital social

Le tableau ci-dessous donne l'état du capital social de ces vingt et une sociétés :

Capital social	*Nombre de sociétés*	*Capital social total*	*Moyenne*
50 000	5	250 000	50 000
50 001 - 100 000	7	517 500	73 929
100 001 - 500 000	5	781 500	156 300
500 001 - 1 000 000	4	3 504 000	876 000
1 000 001 et plus	—	—	—
Total	21	5 053 000	240 619

La comparaison de ce tableau avec le même tableau de l'Annuaire statistique suisse pour toutes les sociétés anonymes recensées à la fin de l'année 1970 permet de constater qu'il n'y a aucune différence fondamentale entre les sociétés à but économique et les autres quant au montant de leur capital social, si ce n'est qu'aucune société à but non économique ne figure dans la rubrique des sociétés ayant un capital supérieur à un million de francs. Les sociétés anonymes suisses dont le capital social dépasse le million ne représentent aussi que le 4,8 % de l'ensemble.

Composition du capital social

— 16 sociétés n'ont que des actions nominatives,

— 1 société a les trois quarts d'actions nominatives, le reste étant au porteur,

— 1 société a un tiers d'actions nominatives, les deux autres tiers étant au porteur. La majorité est cependant détenue par les actions nominatives en raison de leur valeur nominale supérieure,

— 3 sociétés n'ont que des actions au porteur.

Toutes les actions nominatives de ces différentes sociétés sont liées, les statuts prévoyant qu'aucun transfert ne pourra être effectué sans que le nouveau propriétaire soit préalablement agréé par leur conseil d'administration, qui n'est jamais tenu de motiver son veto. Certaines sociétés ont cependant assorti cette règle de la réserve suivante: le transfert ne peut être refusé que si des administrateurs ou des actionnaires se déclarent prêts à reprendre le ou les titres à leur valeur réelle ou au cours de la Bourse, s'ils sont cotés, lors de la demande d'inscription au registre des actionnaires.

La liaison de l'action est un élément très caractéristique de la société anonyme à but non économique, qui met en évidence l'*intuitus personae* et permet de restreindre le cercle des actionnaires à des personnes unies par le même intérêt ou dévouées à la même cause. La liaison de l'action est un des moyens de constituer des sociétés mixtes de capitaux et de personnes, en faisant obstacle au principe de la porte ouverte, tel qu'il est prévu dans le droit de la société coopérative.

Le capital est toujours entièrement libéré, à l'exception de celui d'une seule société, qui a fait usage de l'article 633 CO en ne libérant que le 20 % de son capital social, le reste devant être libéré progressivement selon les besoins de l'entreprise.

Une seule société connaît le principe des actions privilégiées en garantissant à certains actionnaires un double privilège patrimonial de dividende et de liquidation. Cette société n'ayant jamais distribué de dividende, le privilège est resté lettre morte et doit être considéré comme une survivance du passé, c'est-à-dire de l'époque où la société n'avait pas encore de but non lucratif. Une revision des statuts s'imposerait néanmoins, afin de ne pas tromper les créanciers sur sa nature réelle.

La valeur nominale des différentes actions varie entre cinq et mille francs.

Prestations des actionnaires

A l'exception d'une seule, toutes les sociétés respectent, dans leurs statuts tout au moins, le principe selon lequel l'actionnaire ne peut être tenu à des versements supplémentaires et neuf d'entre elles le rappellent expressément sous une forme très proche de l'article 620 al. 2 CO : « les actionnaires ne sont tenus qu'aux prestations statutaires et ne répondent pas personnellement des dettes sociales ; ils ne sont passibles que de la perte du montant de leurs actions. »

Une société a néanmoins prévu dans ses statuts une disposition engageant les services industriels des différentes communes actionnaires à

prendre ou à acheter le courant électrique produit par l'entreprise à un prix indexé déterminé à l'avance. Cette clause devrait disparaître des statuts pour réapparaître dans la convention accessoire que les différentes communes intéressées ont signée entre elles et qui a pour objet

— « de garantir les emprunts contractés par la société

et

— de supprimer la charge et le service des dettes contractées par la société. »

Cette société n'est pas la seule à avoir eu recours au système de la société double. Les actionnaires d'une autre entreprise ont aussi passé entre eux un contrat de même nature afin de régler entre autres objets, le financement de la société, la répartition dans certaines limites de l'excédent des dépenses annuelles entre les signataires et le droit de chacun à bénéficier des fruits des recherches menées par la société. On trouve dans ces contrats annexes l'une des raisons de la liaison des actions; leur transfert sera, en effet, accepté par l'administration seulement lorsque le nouvel actionnaire aura accepté d'adhérer à la convention liant les autres actionnaires. L'existence de contrats accessoires va le plus souvent de pair avec l'existence d'actions nominatives liées.

Organisation

A) Assemblée générale : Aucune des dispositions statutaires figurant sous ce titre n'offre de particularités significatives. Les statuts s'en tiennent généralement au texte légal. Il faut cependant signaler qu'une société à but religieux requiert, pour que son assemblée générale soit valablement constituée, un quorum d'un quart du capital social, et que deux sociétés, à but religieux elles aussi, ont fait usage de l'article 692 al. 2 CO leur permettant de limiter le nombre des voix attribué au porteur de plusieurs actions. La première le fait en les termes suivants : « L'actionnaire ne peut toutefois réunir entre ses mains plus du quart des droits de vote qui se trouvent représentés dans l'assemblée », alors que la seconde limite l'influence du gros actionnaire de manière plus sensible encore puisque « chaque action donne droit à une voix, sans toutefois que personne puisse réunir plus du cinquième des droits de vote représentés à l'assemblée générale ». Voilà un second moyen de renforcer l'élément personnel de ces sociétés au détriment de l'élément capitaliste de la société anonyme.

A la question de savoir pour quelles raisons les statuts contenaient une telle clause, aucune réponse valable n'a pu nous être fournie. L'un des

administrateurs pensait que la fraction du cinquième se retrouvait dans le droit de l'association à l'article 64 al. 3 CC [1], qui est une disposition impérative. Cet article n'a en vérité aucun rapport avec la possibilité de limiter le droit de vote d'un porteur de plusieurs actions. Il a cependant son équivalent dans le droit de la société anonyme à l'article 699 al. 3 CO [2]. Cette clause statutaire limitative est en fait une survivance de l'ancien code, où l'actionnaire ne pouvait jamais posséder plus du cinqième des droits de vote réunis dans l'assemblée générale (article 640 al. 2 a CO)[3]. Mais, même en se trompant sur les raisons de l'existence d'une telle règle, cet administrateur ajoutait qu'elle lui paraissait judicieuse dans un groupement à but idéal comme le leur : opinion aisément compréhensible puisqu'une disposition de ce type empêche l'actionnaire de faire valoir une conception trop personnelle du but idéal ou coopératif. Elle revalorise la participation des autres actionnaires en redonnant du poids à leurs voix, leur permettant ainsi de participer plus étroitement à l'œuvre commune philanthropique, religieuse ou autre.

En ce qui concerne les compétences de l'assemblée générale, l'article 698 al. 2 CO n'a pas été repris purement et simplement; le dernier membre de la phrase du chiffre 3 relatif à la participation des administrateurs au bénéfice n'a jamais été recopié et la compétence de l'assemblée générale de fixer le dividende n'est pas mentionnée dans neuf des statuts. Ces omissions volontaires ou involontaires sont significatives. Elles expriment la ferme volonté des fondateurs de ne pas intéresser les actionnaires et les administrateurs au profit, ce qui est aussi en partie réalisé dans les sociétés fixant un taux maximum de dividende ne dépassant pas un intérêt courant.

Dans ces sociétés les actionnaires sont aussi la plupart du temps mêlés personnellement à la gestion et l'absence d'une clause prévoyant la participation des administrateurs au bénéfice net, clause facultativement nécessaire rappelons-le, démontre bien qu'il n'est pas dans l'intention de ces sociétés d'effectuer des distributions cachées de dividendes, actionnaires et administrateurs se confondant souvent. Dans le même ordre d'idées, la plupart des sociétés ne prévoient pas de rémunération pour les administrateurs.

---

[1] « La convocation a lieu dans les cas prévus par les statuts et en outre, de par la loi, lorsque le cinquième des sociétaires en fait la demande. »

[2] « Un ou plusieurs actionnaires représentant ensemble le dixième au moins du capital social peuvent aussi requérir la convocation de l'assemblée générale ; ils doivent le faire par écrit, en indiquant le but poursuivi. »

[3] « La société peut limiter, par les statuts, le nombre de voix du porteur de plusieurs actions. En aucun cas un seul actionnaire ne peut réunir entre ses mains plus du cinquième des droits de vote qui se trouvent représentés dans l'assemblée générale. »

B) Conseil d'administration : Le nombre des administrateurs varie d'une société à l'autre et plusieurs systèmes sont utilisés pour le fixer :

— système du nombre fixe (5, 9, 11 voire même 31 membres [4]),

— système du nombre minimum (1 ou plusieurs membres, 3 membres au moins, 5 membres ou plus),

— système du nombre variable entre un minimum et un maximum (1 à 9 membres, 3 à 5 membres, 5 à 9 membres, un nombre pair de membres mais au maximum 8).

La durée des fonctions d'administrateur est également variable et oscille entre 1 et 6 ans, les administrateurs étant toujours rééligibles.

Durée en années	1	2	3	4	5	6	Total
Nombre de sociétés	2	—	10	5	1	3	21

La constatation faite plus haut de l'étroite participation des actionnaires à la gestion de la société va être illustrée de manière très claire par deux des vingt et une sociétés étudiées. L'enseignement que l'on peut tirer de ces deux exemples types, comme des autres sociétés mais de manière moins nette peut-être, étaie l'opinion selon laquelle le principe de la responsabilité des administrateurs peut garder sa pleine valeur.

Ces deux sociétés à capital entièrement libéré présentent la particularité de donner à tous leurs actionnaires la possibilité d'être membres du conseil d'administration ou de nommer en lieu et place un autre administrateur. Il s'agit d'une société de recherche, dont le but est l'exploitation d'un laboratoire de recherche avancée en matière horlogère, et d'une société genevoise, dont la tâche principale consiste en la diffusion d'ordres de courses aux bornes téléphoniques ou aux radios des voitures en service. Pour la première société, les actionnaires sont tous des personnes morales, auxquelles les statuts reconnaissent le droit à un siège au conseil d'administration par tranche d'un huitième du capital actions possédé, seul pouvant cependant prétendre à la qualité d'actionnaire celui ou celle qui souscrit et acquiert au moins cette proportion du capital social. Chaque actionnaire a donc automatique-

[4] « Le conseil d'administration est exclusivement constitué de représentants des communes actionnaires, chacune d'elle y a droit à un siège, ce droit est porté à trois en faveur de la Ville de Neuchâtel. »

ment le droit de nommer au conseil d'administration un représentant, droit qui ne peut lui être retiré, puisque la proposition faite pour l'élection au siège revenant à l'actionnaire ne peut être rejetée par l'assemblée générale que pour de justes motifs. La personne présentée ne serait-elle pas agréée, que l'actionnaire garderait le droit d'en faire élire une autre, mieux acceptée des autres actionnaires. Dans la seconde, la situation sur le plan juridique est quelque peu différente, les statuts ne garantissant pas aux actionnaires d'être nommés ou représentés chacun au conseil d'administration. Elle est cependant identique en fait, puisque quatre des cinq actionnaires sont personnellement administrateurs, le dernier, une société coopérative de concessionnaires indépendants, étant représenté par un administrateur.

Une première constatation à faire est la situation différente dans laquelle se trouvent les créanciers de ces deux sociétés du point de vue des garanties offertes par les administrateurs; dans la première, seuls des administrateurs n'ayant pas la qualité d'actionnaires sont responsables d'une gestion qu'ils conduisent en faveur des personnes morales qui les ont délégués au conseil moyennant dépôt d'une seule action, alors que dans la seconde, quatre des cinq actionnaires voient leur responsabilité pleinement engagée, parce qu'ils exercent personnellement les fonctions d'administrateurs, responsabilité qui paraît normale puisqu'ils œuvrent dans leur seul intérêt. Il reste néanmoins paradoxal que dans une situation parfaitement similaire, il soit encore possible de compter avec des résultats si différents selon que les actionnaires sont personnes morales ou physiques.

Malgré cette constatation d'une carence dans le système légal de la société anonyme suisse, l'étude de ces deux sociétés suscite deux autres réflexions, dont la première confirme toute la valeur du principe de la responsabilité des administrateurs et la seconde infirme celle du principe du dépôt de l'action en garantie par ces mêmes administrateurs.

Il y a dans les sociétés anonymes à but non économique une tendance vers une auto-régulation du système de la responsabilité. Lorsque l'anonymat de l'actionnaire disparaît au profit de sa personnalisation, celle-ci s'accompagne simultanément d'une responsabilité accrue de l'actionnaire, qui, mû par son intérêt propre ou au contraire son désintéressement, se mêle plus étroitement à la vie de l'entreprise. On en arrive alors, comme dans les deux sociétés précitées, à ce que les actionnaires soient tous exposés à l'action en responsabilité parce qu'ils sont tous administrateurs. Cette observation basée sur deux cas particuliers, quoique confirmée par l'étude des dix-neuf autres sociétés, ne doit pas être généralisée d'une manière hâtive. On constate cependant que l'adage populaire, qui veut qu'on ne soit jamais mieux servi que par soi-même, entraîne pour les créanciers de sociétés anonymes à but non économique des conséquences importantes et rassurantes.

La seconde constatation, qui n'est certes pas nouvelle, mérite cependant qu'on s'y arrête, car elle s'explique par un exemple qui n'avait point été donné jusque-là. Le dépôt d'une action en garantie prévu à l'article 709 al. 1 CO tend moins à la constitution d'une garantie au sens propre du terme qu'à assurer à la société l'intérêt des administrateurs à la saine marche de l'entreprise. Or cette intention reste vaine si les administrateurs ne sont pas financièrement intéressés et si la société ne recherche pas le profit. Il a d'autre part été souligné d'une manière toute générale par la doctrine que, si la société essuyait de sérieux revers, le rôle de garantie joué par les actions en dépôt ne pouvait plus être rempli en raison de la baisse subie par le titre. Ce rôle de garantie a d'autant moins de chance d'être tenu dans les sociétés à but non économique que bon nombre d'entre elles prévoient que le solde actif, après paiement des dettes et remboursement du capital, sera entièrement affecté — ou pour moitié dans deux cas — à des entreprises, œuvres ou institutions poursuivant des buts semblables à ceux de la société dissoute. Dans de tels cas, les actions ne peuvent jamais atteindre des valeurs intéressantes et leur perte importera peu à l'administrateur. D'autre part, lorsque tous les actionnaires sont à la fois administrateurs, le dépôt d'une seule action en garantie n'a plus que très peu de signification, l'intérêt porté par les administrateurs à leur société n'étant plus à démontrer.

Il apparaît ainsi clairement que les actions de la société anonyme à but non économique ne peuvent remplir tous les rôles qui lui sont dévolus dans les sociétés du type habituel. Mais, si le créancier perd une garantie, l'action déposée, cette perte sera souvent compensée par l'intérêt et les soins portés par l'actionnaire à l'entreprise qui le concerne très directement, soit parce qu'elle sert ses intérêts, soit parce qu'il lui a concédé par désintérêt un sacrifice financier.

En ce qui concerne les attributions du conseil d'administration, elles restent toutes celles qui ne sont pas confiées ou réservées à l'assemblée générale ou à un autre organe social, les sociétés à but non économique ne s'étant pratiquement pas écartées de l'article 698 CO.

En ce qui concerne les tantièmes, il est impensable de trouver une disposition prévoyant la participation des administrateurs au bénéfice net dans les sociétés anonymes à but non économique, soit parce qu'elles renoncent au bénéfice, soit parce qu'il est entièrement consacré aux tâches assignées à la société. Certaines prévoient néanmoins des jetons de présence, qui sont fixés par l'assemblée des actionnaires ou le conseil. Les sociétés à but religieux ont cru bon devoir préciser que les fonctions d'administrateurs étaient exercées bénévolement, seuls les frais étant remboursés (frais de déplacement par exemple). L'exclusion des tantièmes est normale. Elle nous paraît même indispensable dans les sociétés anonymes à but non économique.

Une moitié environ des statuts ne fait plus état de la compétence de l'assemblée générale de fixer le dividende et se contente de mentionner sa compétence de déterminer l'emploi du bénéfice net. Pour l'autre moitié qui conserve le dividende, il est souvent prévu un délai de prescription, fixé dans tous les cas à cinq ans, au-delà duquel il ne peut plus être réclamé. Le texte suivant a été trouvé à plusieurs reprises: « Tout dividende qui n'a pas été réclamé dans les cinq ans dès son exigibilité est prescrit de plein droit au profit de la société et porté au compte de réserve générale. » Selon les dires de certains administrateurs, c'est une invite adressée aux actionnaires à abandonner leur dividendes à l'entreprise, au cas où l'assemblée générale viendrait à en distribuer. Malgré l'existence de dispositions statutaires sur la distribution des bénéfices aux actionnaires, la majorité des entreprises n'avait jamais versé de dividendes, quoiqu'elles eussent réalisé souvent des bénéfices très coquets.

Deux commentaires très significatifs faits par des administrateurs interrogés méritent d'être cités. A la question de savoir quelles étaient les raisons du maintien de clauses relatives au dividende dans leur société, le premier répondait: « La notion de dividende est une notion normale dans une société anonyme. Dans notre société, si la fortune sociale avait, par suite d'une chance extraordinaire (augmentation considérable d'un titre par exemple) exigé soit une donation, soit une distribution de dividende pour éviter la constitution de réserves dont la société n'a que faire, nous aurions eu ce problème à résoudre et il vaut mieux avoir deux portes plutôt qu'une. » Le second pensait que, « tant que le dividende est limité au taux d'intérêt normal (4 à 5 % en l'occurrence), il n'y a pas de contradiction avec le but non lucratif. Il se pourrait même que, progressivement, toutes les actions se rassemblent dans le fonds de prévoyance. Dans ce cas, un dividende limité au taux d'intérêt pourrait devenir opportun. Si la société est amenée, pour une raison ou une autre, à distribuer des actions gratuites, juridiquement c'est un dividende et ce n'est probablement pas incompatible avec un but non lucratif. Nous ne sommes enfin pas absolument sûrs que le Registre du commerce accepterait d'inscrire la suppression du dividende ».

La première remarque est que le dividende apparaît comme l'élément caractéristique de la société anonyme; à tel point caractéristique, que l'un des administrateurs hésitait à le supprimer, supposant que le préposé au Registre du commerce n'aurait éventuellement pas admis cette clause. Cette opinion corrobore notre conviction que le dividende individualise la société anonyme par rapport aux autres sociétés connues du droit suisse et que la

société qui n'a pas de but économique est celle qui renonce à distribuer des dividendes.

La deuxième remarque concerne le maintien du dividende dans ces mêmes sociétés. Ceci ne paraît pas contraire au but non économique, l'assemblée générale des actionnaires pouvant encore y renoncer et les administrateurs y voyant un moyen de remplir d'autres fonctions, sans contradiction aucune avec l'esprit qui anime fondateurs, actionnaires et administrateurs.

La troisième remarque touche aux réserves. Dans ce domaine, il aurait été intéressant d'obtenir plus de renseignements qu'il ne nous a été possible d'en réunir sur l'existence de fonds de réserves extraordinaires et leur importance. On constate néanmoins, et malgré l'avis exprimé par le premier administrateur cité ci-dessus, que les sociétés ont toutes constitué des réserves.

A propos des réserves, les sociétés s'en tiennent généralement dans leurs statuts au texte de l'article 671 CO, en reprenant directement son premier alinéa [5]. Deux sociétés n'ont prévu aucune disposition. Six prévoient la constitution de fonds de réserves extraordinaires sous des formes diverses :

— « l'assemblée générale a la faculté de déterminer la constitution de réserves spéciales pour assurer les réparations et le bon entretien de l'immeuble social » ;

— « le solde, après distribution possible d'un dividende de 5 % aux actionnaires, devra servir à la constitution de fonds spéciaux ou pourra être versé au fonds de réserve légal » ;

— « le bénéfice net disponible, après déduction de tous les frais d'exploitation et d'entretien, des intérêts et des amortissements, doit être employé de la manière suivante :

a) versement de 10 % à une réserve générale jusqu'à ce qu'elle atteigne 30 % du capital social versé,

b) ensuite le bénéfice net servira à alimenter des réserves spéciales suivant les décisions de l'assemblée générale, au sens de l'article 674 al. 2 CO,

c) l'excédent éventuel sera à la disposition des actionnaires; l'article 671 ch. 3 CO est réservé. »

---

[5] « Il est prélevé annuellement un vingtième du bénéfice net pour constituer un fonds de réserve général, jusqu'à ce que ce fonds atteigne un cinquième du capital social versé. »

Une société ne poursuivant aucun but lucratif précise qu'il n'est payé aucun dividende aux actionnaires, et que le solde après prélèvement pour la réserve légale devra être versé à un fonds d'entraide destiné à aider les pensionnaires nécessiteux de l'établissement. Il est écrit dans les statuts que, « lorsque le fonds de réserve aura atteint la limite prévue par l'article 671 al. 1 CO, il ne sera plus alimenté, la totalité du bénéfice net étant versé au fonds d'entraide ». On ne parle plus de réserves, mais le résultat est le même. Trois autres sociétés excluent encore la possibilité de distribuer des dividendes.

Deux sociétés nous ont montré leur bilan. Les deux avaient constitué un fonds de réserve spécial, égal au fonds de réserve légal dans la première, largement supérieur dans la seconde, puisqu'il représentait vingt fois le montant de la réserve légale. Cette société avait encore deux comptes de provisions pour travaux divers et pour constructions futures dont la somme était supérieure à la réserve extraordinaire.

Ces quelques remarques et constatations indiquent que, dans l'échantillon de sociétés étudié, la sécurité des créanciers n'a pas eu à souffrir de la nature non économique de leur but, celle-ci n'empêchant nullement la réalisation de bénéfices substantiels destinés par leur réinvestissement à faciliter la réalisation du but social. Après l'attribution obligatoire à la réserve légale, les sommes consacrées à des fonds spéciaux, fonds de réserve extraordinaires, comptes de provisions, etc..., constituent autant de garanties supplémentaires pour les créanciers sociaux.

Dissolution et liquidation

Après liquidation, le solde actif peut être réparti entre tous les actionnaires ou affecté à des tâches analogues à celles de la société dissoute, ce qui, dans le cas des sociétés à but non économique, constitue un indice supplémentaire du désintéressement de leurs membres.

Les statuts des sociétés analysées ne prévoient non plus jamais le non-remboursement de la valeur nominale des actions à leur porteur. C'est dire que l'actionnaire ne fait jamais don d'avance de sa participation à la société. Après remboursement de la valeur nominale de l'action à son propriétaire, les sociétés anonymes à but non économique de Suisse romande connaissent trois systèmes :

1. le solde actif est affecté à des œuvres ou entreprises poursuivant des buts semblables à ceux de la société dissoute ;

2. le cinquante pour cent du solde est réparti entre les actionnaires ; le reste est affecté à des œuvres ou entreprises analogues à la société dissoute ;

3. le solde est distribué aux actionnaires ou est tenu à la disposition de l'assemblée générale.

Les sociétés qui ont eu recours au premier système poursuivent toutes un but religieux. Deux sociétés à but d'utilité publique, dont les actionnaires sont principalement des corporations publiques, ont adopté le deuxième système. Quant au fait que des sociétés n'ont pas prévu d'affecter le solde actif, après remboursement du capital social à sa valeur nominale, à des œuvres ou entreprises analogues, il n'y a aucune conclusion hâtive à en tirer, les organes directeurs de ces sociétés nous ayant souvent laissé entendre que, dans une telle hypothèse, ils pouvaient deviner que les actionnaires sauraient prendre, l'heure venue, la décision conforme à l'esprit qui animait la société durant son existence.

CHAPITRE III

CONCLUSION

A) De l'examen de ces quelques sociétés ressort de manière particulièrement frappante l'absence de différences fondamentales entre elles et les sociétés anonymes à but économique. A l'exception de quatre sociétés qui renoncent expressément à distribuer des dividendes et qui déclarent statutairement ne pas poursuivre de but lucratif, leur but ou leur objet semblent les mêmes, le montant de leur capital social, égal, leur organisation, identique, et leurs statuts possèdent encore des dispositions sur le dividende. Les créanciers sociaux devront donc se fier à leur seule expérience pour déceler le caractère inhabituel de ces sociétés.

Néanmoins, elles présentent certaines particularités qu'il ne s'agit pas de négliger mais qui, il faut l'admettre d'emblée, ne leur sont pas propres, puisqu'on les retrouve parfois dans d'autres types de sociétés anonymes. La principale d'entre elles est la « personnalisation » [1], en droit et en fait, de l'entreprise. A cet effet, les vingt et une sociétés étudiées emploient l'un ou l'autre des deux procédés suivants ou les deux à la fois :

— impossibilité de posséder un nombre de voix supérieur à un pourcentage donné, quelle que soit la part du capital social détenue ;

— liaison des actions, qui réduit le cercle des actionnaires aux seules personnes agréées par les autres membres en raison, le plus souvent, de leurs qualités personnelles.

Ces deux procédés conduisent à une réduction du cercle des actionnaires et à une concentration du pouvoir entre leurs mains et contribuent à donner à la société un caractère hautement personnel. Des contrats de société simple viennent encore souvent renforcer ce caractère personnel.

A ces différents procédés s'ajoutent d'autres rapports juridiques, qui raffermissent les liens personnels tissés entre les actionnaires ou entre eux et la société. Les actionnaires sont souvent intimement mêlés à la direction ou ont qualité de conseillers d'administration, comme dans les cas qui ont été cités

[1] En allemand : « Verpersönlichung ».

précédemment. On en arrive alors à une parfaite idendité entre la majorité et les organes de la société, l'administration et même la direction.

Enfin, et ce n'est pas le moindre des liens, la communauté d'intérêts dans le cas des sociétés à tendance coopérative ou l'idéal commun qui anime les actionnaires dans les autres sociétés fait qu'ils se sentent tous concernés et aspirent à participer personnellement à la gestion de la société.

Que le cercle des actionnaires soit fermé, que le pouvoir se concentre dans les mains de quelques actionnaires, que les actions ne soient jamais négociées publiquement, que le transfert des titres soit réglementé et limité à la fois par des dispositions légales et des accords privés, tout cela donne à la société anonyme sans but économique le caractère d'une société de personnes.

B) Il convient aussi de relever :

— que la définition utilisée tout au long de l'étude s'est parfaitement adaptée aux sociétés découvertes, malgré la présence dans quelques-uns des statuts, de dispositions sur la distribution d'un dividende, limité néanmoins à un taux d'intérêt usuel et perdant par là même son rôle moteur. La motivation s'est révélée différente et quelques sociétés ont pris la précaution de le rappeler, en faisant ressortir que leur but était non lucratif ;

— que, parmi les sociétés à capitaux privés, une seule avouait un déficit, qui était automatiquement pris en charge par les actionnaires en vertu d'une convention annexe signée entre eux et, qu'au point de vue des créanciers, la plupart de ces sociétés ne présentaient pas de réels dangers en raison justement de ces contrats accessoires, d'une activité restreinte dans le monde des affaires, d'une couverture immobilière importante ou d'une surveillance exercée par l'Etat ; pour les sociétés à capitaux publics, rappelons que la garantie est souvent meilleure, car la responsabilité des administrateurs est assurée par des corporations publiques [2]. Certaines de ces corporations sont même convenues de couvrir les éventuelles pertes ou de garantir les emprunts contractés par la société; pour les entreprises de transport, la couverture des déficits est en outre assurée par les lois fédérales et cantonales; pour d'autres sociétés, toujours au chapitre de la garantie, le recours au système de la société double, même s'il n'est pas le système idéal de garantie, joue bien son rôle entre les actionnaires et offre par la même occasion une sûreté supplémentaire aux créanciers sociaux ;

[2] cf. art. 762 CO.

— que si notre définition fait allusion aux sociétés anonymes à tendance coopérative, l'analogie avec la coopérative ne se limite pas au seul fait que les actionnaires sont les bénéficiaires de l'activité sociale; alors que les membres d'une coopérative peuvent être contraints par les statuts d'effectuer des versements supplémentaires destinés à éponger les pertes constatées au bilan, les sociétés anonymes à tendance coopérative cherchent à atteindre le même résultat par d'autres voies, la signature d'un contrat de société simple par exemple.

Malgré ces constatations réjouissantes et rassurantes sur la saine et prudente gestion de ces sociétés, l'un des problèmes majeurs reste celui de la protection des créanciers sociaux, que le but non économique laissera dans l'insécurité, tant qu'il ne sera pas obligatoire pour elles de constituer des réserves suffisantes. La mise sur pied d'une telle règle est cependant très aléatoire, car elle nécessite la définition précise des termes économique et non économique et ne peut être rendue possible que par une distinction nette entre sociétés ne réalisant aucun bénéfice et sociétés qui y renoncent statutairement.

C) L'impossibilité d'appliquer les règles sur le dividende aux avantages accordés à leurs actionnaires par les sociétés anonymes à but non économique s'est vérifiée. En outre, les sociétés à tendance coopérative, où la confusion entre dividendes et libéralités est la plus facile, ont toutes eu recours au calcul du prix le plus juste, afin de clore leur exercice annuel tout au moins sans pertes. Comme, d'autre part, aucune différence n'est faite entre actionnaires et non-actionnaires, l'existence d'un avantage au profit des actionnaires n'est pas évidente. C'est pourquoi il n'a pas été possible de leur appliquer les règles sur le dividende, la situation de ces sociétés étant très proche de celle des sociétés à but économique qui ne réalisent aucun bénéfice. On ne peut non plus prétendre qu'une distribution camouflée de dividendes ait eu lieu. En fait, il faut admettre que jamais aucun avantage direct, sous forme de titres de transport gratuits par exemple, n'a été accordé, mais que les prix demandés ont toujours été calculés au plus juste, tout en laissant à la société la possibilité de faire face à ses engagements et de poursuivre son activité.

A propos des dividendes et des libéralités, l'une des constatations de cette analyse est qu'il existe des sociétés vivant pour elles-mêmes, c'est-à-dire auxquelles ni les actionnaires ni les tiers ne sont directement intéressés, les premiers parce qu'ils ont renoncé à leurs dividendes, ou qu'ils ne retirent aucun avantage de l'activité sociale, les seconds parce qu'ils paient un prix normal pour les prestations fournies par la société. Cette tendance, mise en

lumière ici, est le reflet de ce qui se passe déjà dans les sociétés anonymes à but économique, mais de manière moins nette peut-être, à savoir qu'il y a perte d'influence d'une certaine forme d'actionnariat et surtout relégation des intérêts de l'actionnaire au second plan, au profit de l'intérêt de la société elle-même et de ses employés. On a l'impression que les intérêts conjugués de l'entreprise et de son personnel priment ceux des actionnaires. Cela rejoint en quelque sorte la notion de l'intérêt social, que Rosset a défini comme « l'intérêt permanent de la société, elle-même envisagé comme entité distincte, ayant sa vie propre et considérée dans son évolution » [3].

D) Comme aucune des sociétés rencontrées ne prévoit de distribuer à ses sociétaires d'avantages déterminés, il est difficile de parler d'un nouveau droit acquis, et cela d'autant moins que les sociétés à but non économique ne connaissent pas de règles qui fixent la date à laquelle ces prestations doivent être calculées, comme c'est le cas pour le dividende.

Néanmoins, si le droit acquis au dividende est l'expression d'un droit acquis plus général au maintien du but économique de la société, on peut mieux parler, dans les sociétés anonymes à but non économique, d'un même droit au maintien de ce but, ce qui n'est pas illusoire, car notre enquête a révélé que les actionnaires portaient un intérêt certain à leur société et au maintien de ses activités non économiques. Exprimer ce droit acquis de manière toute générale présente l'avantage que, dans les sociétés anonymes à tendance coopérative, l'actionnaire n'a jamais un droit acquis à une prestation déterminée à l'avance, qui pourrait lui être accordée avant la clôture de l'exercice, mais seulement un droit acquis à s'assurer, tout au long de l'existence de la société, qu'elle s'efforce d'octroyer les prestations promises: durant l'exercice, il peut exiger de l'administration qu'elle donne le meilleur d'elle-même pour atteindre le but social; puis il a le droit de donner son avis lors d'une assemblée pour déterminer dans quelle mesure les actionnaires profiteront des prestations que peut fournir la société; enfin, il peut prétendre recevoir ce qui lui a été promis lors de cette assemblée. Il nous paraît d'autant plus difficile de parler d'un droit acquis à une prestation déterminée que, contrairement au dividende, la prestation peut prendre des formes variées, qu'il ne sera pas toujours possible de chiffrer. Il vaut dès lors mieux reconnaître à l'actionnaire le droit acquis plus général au maintien du but non économique, droit qu'il pourra toujours faire respecter en intentant l'action en dissolution pour justes motifs. Et si la décision contestée était le fait de l'assemblée générale, il lui resterait à attaquer cette décision, ce qui constitue un autre de ses droits acquis.

[3] cf. note 29 p. 94.

E) Si les statuts ne parlent pas d'un droit acquis au maintien du but social ou à d'éventuelles distributions d'avantages de quelque sorte que ce soit, il ne se trouve pas non plus de sociétés précisant d'emblée quels seront ces avantages. A ce propos, seule la définition du ou des objectifs poursuivis par la société peut servir de déclaration d'intention, laissant entrevoir la nature des avantages que retireront les actionnaires de l'activité sociale. L'actionnaire ne pouvant exiger de la société qu'elle le fasse bénéficier de son activité à des conditions qui la mettraient en danger, son droit est aussi relatif que le droit au dividende et dépend au moins autant que lui de l'intérêt bien compris de la société.

F) Quant à la solution du juste prix qui devait parer au risque que la société n'accordât sans compter et de manière répétée des avantages à ses sociétaires, elle se heurte à de sérieuses difficultés lorsque ce juste prix doit être exigé après coup. C'est souvent seulement après la faillite que le prix demandé se révèle insuffisant ; or l'article 286 LP, pris à titre d'exemple, n'autorise l'action révocatoire que pour les donations faites dans les six mois précédant la déclaration de faillite. Ce délai très bref ne permet pas une récupération suffisante, si les abus durent depuis plusieurs années.

De notre examen il ressort que le concept de juste prix n'est pas d'un usage facile. Indépendamment du fait qu'il n'est pas possible de prévoir une disposition statutaire à son propos, sous peine de rendre très difficile la réalisation du but social, le juste prix ne se calcule pas aisément, par manque de points de comparaison. Dans certains types de sociétés à but non économique, le cercle des bénéficiaires peut être si grand, que chacun d'entre eux n'est pas connu personnellement de la société, ce qui rend la réclamation du juste prix après faillite quasi impossible. Dans d'autres sociétés, ce sont les avantages qui ne sont pas quantifiables ou chiffrables.

Malgré les difficultés pratiques auxquelles se heurte la notion du juste prix, difficultés touchant aussi bien à son calcul qu'à la délimitation du cercle des bénéficiaires, celle-ci reste incontestablement valable et équitable, et constitue le minimum que devraient exiger les administrateurs de ces sociétés, qui ne voudraient pas faire preuve de négligence et s'exposer à l'action en responsabilité des créanciers.

Comme l'enquête l'a montré, une seule société semblait être en déficit, déficit qui était immédiatement couvert par les corporations publiques actionnaires et dont les créanciers n'avaient pas à souffrir.

CONCLUSION GÉNÉRALE

I. Nous tenions à attirer l'attention sur une forme d'atypisme de la société anonyme, que nous avons cru pouvoir dénommer société anonyme à but non économique, en prenant cette dénomination au sens restrictif de but non lucratif, ce qui permettait de regrouper sous une même définition toutes les sociétés qui ne cherchent plus a réaliser de profit ou qui s'en ôtent les moyens, en se fixant un but idéal ou en se chargeant d'une activité coopérative.

L'étude sur le terrain des sociétés de ce type établies aujourd'hui en Suisse romande démontre que la société anonyme à but non économique n'est pas le fruit d'une imagination trop fertile, mais une réalité que nous devons à l'alinéa 3 de l'article 620 CO. Elle a aussi mis en lumière le caractère personnel très marqué de ces sociétés qui, pour s'attacher mieux les actionnaires, recourent non seulement aux artifices traditionnels de l'action nominative liée et du droit de vote privilégié, mais encore aux contrats annexes conclus entre tous les sociétaires, créant ainsi un système de société double.

En rapport avec cette définition, il est à relever qu'aucune des sociétés à tendance coopérative étudiées n'offre à ses sociétaires d'avantages matériels directs, auquel cas on aurait pu parler de distribution occulte de dividendes, mais que toutes tiennent leurs installations à la disposition de leurs membres ou favorisent leur activité professionnelle, en exigeant toujours en échange une prestation pécuniaire.

Cela met en lumière un autre aspect de ces sociétés, à savoir l'existence en vase clos que mènent certaines d'entre elles, parce que leurs relations d'affaires se limitent au cercle restreint des actionnaires. Elles échappent ainsi à ce que la jurisprudence et la doctrine ont traditionnellement appelé le monde des affaires, où les liens commerciaux se nouent essentiellement avec des tiers. Rappelons que ce critère a été retenu par la jurisprudence et par une partie de la doctrine comme celui permettant de faire la distinction entre une association à but économique et une association à but non économique.

II. Sur le point d'une revision éventuelle du système légal actuel en vue d'offrir des garanties supplémentaires aux créanciers sociaux, en raison de risques plus grands qu'ils courent parce que la société renonce au bénéfice et par conséquent à la constitution de réserves, nous sommes arrivé à la conclusion qu'il n'est ni possible ni opportun de modifier les règles en vigueur au seul profit des créanciers des sociétés anonymes à but non économique, sans redéfinir dans la loi les sociétés à but économique et à but non économique.

Créer de nouvelles règles exclusivement applicables aux sociétés anonymes à but non économique, sans définir exactement ce qu'on entend par cette expression, serait recréer artificiellement et inutilement les innombrables difficultés rencontrées avec l'association. Nous ne croyons pas non plus possible de définir une fois pour toutes dans le Code civil les notions de buts économique et non économique, car l'expérience a montré qu'il est vain de vouloir à nouveau ouvrir le débat sur une définition qui ne pourra jamais convenir à toutes les situations. Nous avons tenté de le montrer dans le cadre des sociétés anonymes, où les sociétés à but non économique ne se distinguent pas sur le plan financier de celles qui poursuivent un but économique sans jamais réaliser de bénéfices. En d'autres termes, malgré la distinction que pourrait apporter une définition, il y aura toujours des sociétés appartenant à l'un des deux groupes qui devraient appartenir à l'autre. Ceci nous oblige à renoncer à vouloir offrir aux créanciers d'une SA à but non économique de plus grandes garanties que celles obtenues par les créanciers d'une SA à but économique qui ne réalise jamais de bénéfices.

Cette réponse serait incomplète, si l'on n'y ajoutait que bon nombre des sociétés analysées ont recouru à une solution contractuelle (Doppelgesellschaft), par laquelle les actionnaires règlent leurs droits et obligations respectifs et conviennent en particulier de la répartition des pertes entre eux.

Il n'en reste pas moins que la confusion entre sociétés à but économique ne réalisant aucun profit et sociétés à but non économique laisse subsister une perplexité qu'il s'agit de dissiper. S'il est vrai que tout créancier risque que la société soit mal gérée et tombe en faillite, il nous paraît que, par repect du « jeu social » et par respect de la loi (article 626 ch. 2 CO), les statuts de toutes les sociétés devraient indiquer leur but final. C'est le minimum d'information qu'on doit pouvoir exiger des statuts, car le danger réside dans une lacune des statuts au niveau de l'énonciation du but, l'article 620 al. 3 CO avalisant en quelque sorte les libéralités faites par la société à des tiers, voire à ses actionnaires. Le but non économique devrait donc être exprimé, selon les principes de la bonne foi, de manière non équivoque, de sorte que les tiers n'éprouvent aucun doute à son égard. Il ne faut pas en arriver à déguiser la nature véritable de la société. L'indication du

but, élément essentiel et constitutif de la société anonyme, doit renseigner les tiers ; elle a une fonction publicitaire instaurée dans l'intérêt de la sécurité des transactions. La sanction de cette absence de définition statutaire du but doit être recherchée dans les différentes actions en responsabilité prévues aux articles 752 et suivants CO, dont disposent à la fois créanciers et actionnaires contre les auteurs du prospectus, les fondateurs et les personnes chargées de l'administration. Une définition claire des intentions de la société lui permettra, sans arrière-pensées, d'effectuer les prestations promises à ses actionnaires. Ces derniers, de leur côté, ne seront pas perpétuellement exposés à des réclamations pour avoir reçu des avantages indus.

III. La société anonyme a, entre autres raisons, été instaurée pour réunir plus aisément un certain capital en provenance d'un grand nombre de souscripteurs et le vouer à des tâches économiques. C'est exactement le même raisonnement qu'ont tenu les fondateurs des sociétés anonymes à but non lucratif. Ils ont choisi cette forme de société parce qu'elle leur permettait de rassembler des capitaux importants destinés à des tâches inhabituelles, capitaux qui n'auraient vraisemblablement pu être réunis si les actionnaires avaient dû en faire don. Etant, par leur participation, copropriétaires de l'œuvre commune, les actionnaires se sentent aussi plus concernés et la soutiennent non seulement financièrement mais encore personnellement.

Une dernière raison, pour des groupes qui ne poursuivent pas un but économique, de choisir la forme de la société anonyme, est qu'elle est la seule à assurer à la fois un cadre juridique structuré et une certaine souplesse d'utilisation. La preuve en a été apportée au cours de ce travail. On a vu que si l'on s'écartait quelque peu des activités énumérées à l'article 60 CC, on éprouvait des difficultés à savoir si l'association poursuivait un but non économique. Outre le fait que le recours à la forme de la société anonyme résout avantageusement ce problème, il facilite aussi la tâche des fondateurs puisque le rôle des différents organes, leurs droits et leurs devoirs sont déjà définis dans leurs grandes lignes. En comparaison de celle de la société anonyme, l'organisation de l'association apparaît par trop simplifiée et lorsque la complexité de la société ou des rapports entre société et sociétaires requiert une organisation plus complète, elle appelle, de la part des fondateurs, un effort plus grand de création que s'ils recourent à la forme de la société anonyme.

Quant à la souplesse d'utilisation de la forme de la société anonyme, nous croyons que son usage pour des sociétés aussi différentes que celles qui poursuivent un but économique et celles qui n'en poursuivent pas, suffirait à

la démontrer. La forme de la société anonyme permet de la sorte à des sociétés à but non économique et particulièrmeent à tendance coopérative, d'emprunter à la coopérative un certain nombre de règles ou de bâtir un système qui s'en rapproche, tout en laissant de côté les dispositions embarrassantes de ce type de société comme, par exemple, le principe de la porte ouverte.

Ainsi, entre la forme très simple de l'association et celle, trop rigide peut-être, de la coopérative, la société anonyme représente une forme intermédiaire fort intéressante pour les sociétés dont les activités s'éloignent quelque peu des activités traditionnelles de l'association, tout en demeurant, dans le cadre des sociétés anonymes, des activités non économiques.

Imprimé en Suisse

BIBLIOGRAPHIE

Les ouvrages consultés ont été répartis par chapitre traité, une première partie donnant les titres d'ouvrages plus généraux, valables pour tous les chapitres. Afin de ne pas allonger inutilement la bibliographie, les titres qui pourraient être cités plusieurs fois, ne le sont qu'une fois.

I. Commentaires et ouvrages généraux

Becker Hermann : *Obligationenrecht I. Abt. Art. 1-183.* Berne, 1941.

Bürgi Wolfhart : *Kommentar zur Aktiengesellschaft.* Zurich, 1957.

Egger August : *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. Das Personenrecht.* 1. Aufl. Zurich, 1911.

Egger August : *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. Einleitung und Personenrecht,* 2. Aufl. Zurich, 1911.

Egger August: *Das Aktienrecht nach den Beschlüssen der Expertenkommission.* RSJ 21 (1924/1925) p. 345.

Egger August : *Die Aktiengesellschaft nach dem revidierten schweizerischen Obligationenrecht von 18. Dezember 1936.* RSJ 34 (1937/38) p. 37.

Funk Fritz : *Kommentar des Obligationenrechts,* 2. Aufl. Aarau, 1951.

Guhl Theo : *Das schweizerische Obligationenrecht,* 7. Aufl. Zurich, 1972.

Guhl Theo : *Die Ergebnisse der Beratungen der Expertenkommission für die Revision des Obligationenrechts.* RSJB 62 (1926) p. 102.

Hafter Ernst : *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Personenrecht,* 2. Aufl. Berne, 1919.

Meyer-Hayoz Arthur et Forstmoser Peter : *Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts.* Berne, 1974.

Oser Hugo et Schönenberger Wilhelm : *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch,* Bd. V. Zurich, 1929.

Rossel Virgile : *CC et CO annotés,* 10e éd. Lausanne, 1967.

Schucany Emil : *Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht,* 2. Aufl. Zurich, 1960.

Scyboz et Gilliéron : *CC et CO annotés.* Lausanne, 1972.

Siegwart Alfred : *Kommentar zum ZGB, die Aktiengesellschaft.* Zurich. 1945.

von Steiger Fritz : *Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz,* 4. Aufl. Zurich, 1970.

von Steiger Fritz : *Le droit des sociétés anonymes en Suisse.* Lausanne, 1973.
von Steiger Werner : *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht.* Zurich, 1951.
Tuor Peter : *Das schweizerische Zivilgesetzbuch,* 6. Aufl. Zurich, 1953.
Weiss Gottfried : *Kommentar zum OR, Bd. VII, 2. Abt. das Aktienrecht.* Berne, 1956.

II. La société anonyme à but non économique : essai de définition

Beyeler Walter : *Der Korporationszweck.* Thèse non imprimée. Bâle, 1942.
Brunner Hanspeter : *Zwangskartelle — Rechtsverhältnisse von Zwangskartellen in der Schweiz und in Deutschland.* Thèse Zurich, 1936.
Durrer Robert : *Der Schutz des Gesellschafters gegen Zweckänderungen.* Thèse Berne, 1955.
Flury Hans Anton : *Der Vereinszweck.* Thèse Berne, 1959.
Giger Hans-Georg : *Die Mitwirkung privater Verbände bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben.* Thèse Berne, 1951.
von Graffenried René : *Wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Zweck im privaten Körperschaftsrecht.* Thèse Berne, 1948.
Gysin Arnold : *Grundlinien des schweizerischen Kartellrechts.* RDS NF 49 (1930) p. 364.
Huber Eugen : *Code civil suisse — Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de justice et police.* Tome premier. Berne, 1901.
Hug Walter : *Die rechtliche Organisation der Kartelle und Konzerne.* RSJ 37 (1940/41) p. 321 et 344.
Joerin Willie : *Die rechtliche Organisation des Kohlenhandels in der Schweiz.* Thèse non imprimée. Bâle, 1938.
Luetschg Rolf : *Fragen des internationalen Kartellrechts, insbesondere die Bindung der Kartellmitglieder.* Thèse Berne, 1939.
Meile Adrian : *Verein und Genossenschaft in der Verschiedenheit ihrer Zwecke.* Thèse Berne, 1947.
Muret Philibert : *La notion de but dans les sociétés et les fondations et son application en droit suisse.* Thèse Lausanne, 1941.
Pellet Marc-André : *Le but non économique de l'association.* Thèse Lausanne, 1964.
Pestalozzi Ernst : *Der Begriff des idealen Vereins.* Thèse Zurich, 1952.
Piotet Paul : *La nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral sur le but des associations.* JT 1963 I 98.
Piotet Paul : *La loi sur les cartels et sa notion de l'association.* JT 1963 I 226.
Reichardt Felix : *Die Vertretungsmacht der Vereinsorgane.* Thèse Zurich, 1946.
Schaerer Max : *Die Natur des Kartellvertrags nach schweizerischem Recht.* Thèse Berne, 1917.

Schmucki Heinrich : *Die rechtliche Organisation der kriegswirtschaftlichen Syndikate.* Thèse Zurich, 1945.
Schrag Paul : *Internationale Idealvereine.* Berne et Leipzig, 1936.
Secrétan Roger : *Nouvelles tendances du Tribunal fédéral en matière de boycott.* JT 1957 I 194.
Specker Christian : *Die Abgrenzung des Vereins von der wirtschaftlichen Verbandsperson.* Thèse Fribourg, 1948.
von Steiger Fritz : *Vereine zu wirtschaftlichen Zwecken ? Recht auf Mitgliedschaft ?* SAS 29 (1956/57) p. 129.
von Steiger Fritz : *Keine Vereine mehr zu wirtschaftlichen Zwecken.* SAS 35 (1962/63) p. 198.
Tapernoux Benjamin : *Les cartels.* Thèse Lausanne, 1929.
Wertheimer Marga : *Die Organisation des Vereins nach dem schweizerischen Privatrecht.* Thèse Zurich, 1928.
Wiedemann Carl-Paul : *Beiträge zur Lehre von den idealen Vereinen : die Voraussetzungen der Eintragung in Deutschland und der Schweiz.* Thèse Berne, 1906.
Zoelly Charles : *Die rechtliche Behandlung der Kartelle in der Schweiz.* Thèse Zurich, 1917.

III. De la sécurité des créanciers

Bauschke Hans-Joachim : *Durchgriff bei juristischen Personen.* BB 30 (1975) p. 1322-1325.
Bieri Hildegard : *Die Aktiengesellschaft, die Genossenschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in ihrer Eignung für Kartelle.* Thèse Berne, 1941.
Caflisch Silvio : *Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft.* Thèse Zurich, 1961.
Capitaine Georges : *Le statut des sociétés holdings en Suisse.* RDS 62 (1943) p. 1 a.
Cuenet Roger : *De la réduction du capital social dans les sociétés anonymes.* Thèse Lausanne, 1925.
Curti Arthur : *Aktiengesellschaft und Holdinggesellschaft in der Schweiz.* Berlin, 1930.
Drobnig Ulrich : *Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften.* Francfort et Berlin, 1959.
Folliet Edouard : *Le bilan dans les sociétés anonymes.* VI^e^ éd. Lausanne, 1969.
Frankenberg Philipp : *Die konzernmässige Abhängigkeit.* Thèse Zurich, 1937.
Fromer Leo : *Merkmale und Besonderheiten der privaten Aktiengesellschaften.* SAS 30 (1957/58) p. 124.
Gierke Otto : *Dauernde Schuldverhältnisse.* Iherings Jahrbücher 64, p. 386.

Gilliard François : *Tendances coopératives dans la société anonyme,* dans *Festgabe zum 70. Geburtstag von Wolfhart Friedrich Bürgi.* Zurich, 1971.
Gross J. : *L'assainissement des sociétés anonymes en droit suisse.* Paris, 1935.
Gschnitzer : *Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht.* Iherings Jahrbücher 76, p. 327.
Homburger Eric : *Zum « Durchgriff » im schweizerischen Gesellschaftsrecht.* RSJ 67 (1971) p. 249.
Isay Rudolf : *Das Recht am Unternehmen.* Berlin, 1930.
Jäggi Peter : *Ungelöste Fragen der Aktienrecht.* SAS 31 (1958/59) p. 67.
Jolidon Pierre : *Problèmes de structure dans le droit des sociétés.* RDS 87 (1968) II p. 427. Rapport à la Société suisse des juristes lors de leur 102e assemblée générale.
Junod Charles-André : *Note sous l'arrêt RO 82 II 292.* SJ 79 (1957) p. 91.
Maday Denis : *Die sogenannte Gesetzumgehung insbesondere im schweizerischen Obligationenrecht.* Thèse Berne, 1931.
Mayer Eduard : *Die Nachschusspflicht im schweizerischen Recht des Handelsgesellschaften und Genossenschaften.* Thèse Zurich, 1944.
Merz Hans : *Bedeutsame Entwicklung des bundesgerichtlichen Boycottrechtsprechung.* RSJ 52 (1956) p. 321.
Meyer Otto : *Des versements supplémentaires des actionnaires.* Thèse Lausanne, 1935.
Müller-Erzbach Rudolf : *Die Rechtswissenschaft im Umbau ihr Vordringen zu den bestimmenden Elementen des Zusammenlebens.* Munich, 1950.
Müller-Erzbach Rudolf : *Das Erfassen des Rechts aus den Elementen des Zusammenlebens.* AcP 154 (1955) p. 342.
Naegeli Eduard : *Die Doppelgesellschaft als rechtliche Organisationsform der Kartelle, Konzerne und anderen Unternehmerzusammenschlüsse nach deutschem und schweizerischem Recht,* tome 1, Zurich et Berlin 1930, tome 2, Zurich 1941.
Naegeli Werner : *Der Grundsatz der beschränkten Beitragspflicht, insbesondere der Ausschluss der Nachschusspflicht im Aktienrecht.* Thèse Zurich, 1948.
Penard Maurice : *Les filiales — personnalités juridiques indépendantes dans le cadre d'une unité économique.* SAS 33 (1960/61) p. 2.
Petitpierre-Sauvain Anne : *Droit des sociétés et groupes de sociétés.* Genève, 1972.
Rosset Paul-René : *Unité économique ou diversité juridique.* WuR 5 (1953) p. 1.
Schluep Walter-René : *Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht.* Thèse Saint-Gall, 1955.
Schönle Herbert : *Die Einmann- und Strohmanngesellschaft unter besonderer Berücksichtigung der Fiducia.* Thèse Fribourg, 1957.
Schönle Herbert : *Die Rechtstellung des Aktiengesellschafters einer Einmann AG.* SAS 32 (1959/60) p. 105.

de Senarclens Jean : *Les réserves des sociétés anonymes.* Thèse Genève, 1943.
Serick Rolf : *Rechtsform und Realität juristischer Personen.* Berlin et Tubingue, 1955.
Serick Rolf : *Durchgriffsprobleme.* Cahier 42 *der Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe.* Karlsruhe, 1959.
Siebert Wolfgang : *Das Wesen der Rechtsfähigkeit privatrechtlicher Personenverbände.* DJZ 40 (1935) p. 712.
Spiess Arnold : *Der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung der Aktionäre.* Thèse Zurich, 1941.
von Steiger Werner : *Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes im Jahre 1956. Gesellschaftsrecht.* RSJB 94 (1956/57) p. 129.
von Steiger Werner : *Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz.* RDS 62 (1943) p. 195 a.
Stoll Nicolas : *L'utilisation des réserves des sociétés anonymes.* Thèse Lausanne, 1962.
Tobler Ernst : *Die Haftungsverhältnisse bei verbundenen Unternehmen.* Thèse Berne, 1948.
Vacheron Jean : *Essai sur l'usage abusif de la société anonyme en droit suisse.* Thèse Lausanne, 1949.
Weiss Gottfried : *Die nicht entziehbaren Rechte des Aktionärs.* RSJ 39 (1942/43) p. 513 et 529.
Wieland Alfred : *Die Sanierung von Aktiengesellschaften unter Anwendung von Zuzahlungszwang.* RSJ 39 (1942/43) p. 437.
Wieland Alfred : *Kritisches zum Kapitel der Grundkapitalveränderungen nach dem neuen Aktienrecht.* RDS 57 (1938) p. 1.
Wieland Alfred : *Aus dem schweizerischen Kartellrechte.* RDS 40 (1921) p. 75.
Wohlmann Herbert : *Die Treuepflicht des Aktionärs.* Thèse Zurich, 1968.
Wolf Elias : *Konzernrechtliche Bemerkungen anlässlich eines bundesgerichtlichen Steuerentscheides.* SAS 7 (1934/35) p. 26.
Zellweger Hans Jakob : *Haftungsbeschränkung und Solidarhaftung im Verantwortlichkeitsrecht der Aktiengesellschaft.* Thèse Berne, 1972.
Zweifel Martin : *Die Haftungsverhältnisse im faktischen Konzern infolge Schädigung der abhängigen Gesellschaft durch die herrschende Gesellschaft,* dans *Festgabe Arthur Meier-Hayoz.* Zurich, 1972.

IV. Des libéralités de la société à ses actionnaires ou à des tiers

Bachmann Gottlieb : *Die Sonderrechte des Aktionärs.* Thèse Zurich, 1901.
Benoit Armand : *La représentation de groupes et de minorités d'actionnaires à l'administration des sociétés anonymes.* Thèse Lausanne, 1956.
Bergier Jean : *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes.* Thèse Lausanne, 1933.

Bürgi Wolfhart : *Die Vorschriften über die Gewinnverteilung gemäss art. 674 u. 677.* SAS 21 (1948/49) p. 1.
Edelmann Arnold : *Der unberechtigte Empfang von Zinsen und Gewinnanteilen bei der AG und bei der GmbH.* Fribourg, 1941.
Egger J.-G. : *Das Dividendenbezugsrecht des Aktionärs.* Thèse Zurich, 1924.
Falkeisen Emanuel : *Die Vertretung juristischer Personen im Verwaltungsrat insbesondere ihre rechtliche Natur.* Thèse Zurich, 1947.
Flattet Guy : *Les sociétés immobilières d'actionnaires-locataires.* JT 1949 I 610.
Gerber Hans : *Gruppenbildung und Gruppenschutz in der Aktiengesellschaft.* Thèse Berne, 1946.
Henggeler Josef : *Verdeckte Gewinnausschüttungen der AG.* SAS 14 (1941/42) p. 50.
Kaufmann Otto-K. : *Das Recht auf Dividende.* Saint-Gall, 1947.
Kuhn H. : *Die Aktiengesellschaft im Entwurf des revidierten Obligationenrechts.* RSJB 69 (1933) p. 49.
Neuhauss J. : *Zum Problem des Dividendenbegriffes.* SAS 26 (1953/1954) p. 213.
Rosset Paul-René : *Les tendances du nouveau droit suisse des sociétés.* Paris et Neuchâtel, 1939.
Ruckstuhl François : *Die Zulässigkeit von Interimsdividenden nach schweizerischem Recht.* Thèse Saint-Gall, 1955.
Schwill Paul : *L'amélioration de la situation de l'actionnaire d'après le projet de revision du Code des obligations.* RSJB 69 (1933) p. 353.
Steiger Karl : *Der Anspruch des Aktionärs auf die Dividende.* Thèse Berne, 1947.
Tuor Daris : *Das Recht des Aktionärs auf Dividende.* Thèse Berne, 1950.
Zumstein Jacques : *Du caractère institutionnel de la société anonyme.* Thèse Lausanne, 1954.

ABRÉVIATIONS

Abt.	Abteilung
aCO	ancien Code fédéral des obligations
AcP	Archiv für die civilistische Praxis, Tubingue
al.	alinéa
anc. art.	ancien article
art.	article
Aufl.	Auflage
BB	Betriebs-Berater, Heidelberg
Bd.	Band
c.	contre
CC	Code civil suisse
CE	Conseil des Etats
cf.	confer
ch.	chapitre
CO	Code fédéral des obligations
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung, Berlin
éd.	édition
Einl.	Einleitung
etc.	et cetera
FF	Feuille fédérale de la Confédération suisse, Berne
JT	Journal des tribunaux, Lausanne
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite
N°	numéro
Nr.	Nummer
op. cit.	ouvrage cité
p.	page
RDS	Revue de droit suisse, Bâle
rem.	remarque
RO	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel, Lausanne
RSJ	Revue suisse de jurisprudence, Zurich
RSJB	Revue de la société des juristes bernois, Berne
SA	société anonyme
SAS	La société anonyme suisse, Zurich
SJ	La semaine judiciaire, Genève
ss.	et suivant(e)s
trad.	traduction
vol.	volume
WuR	Wirtschaft und Recht, Zurich

TABLE DES MATIÈRES

Introduction 9

Partie générale

CHAPITRE PREMIER

La société anonyme à but non économique : essai de définition . 13

— Introduction 13

— Le but non économique dans l'association 14

A) Introduction 14

B) Historique des travaux 14

a) Phase préparatoire 14

b) Phase parlementaire 16

c) Conclusion 21

C) La doctrine 22

a) Critère de l'appartenance au monde des affaires . . 22

b) Critère de l'intérêt dit subjectif du membre . . . 24

c) Critères mixtes 25

d) Critères alternatifs 27

e) Critère du sens commun de l'adjectif économique . . 28

D) La jurisprudence 29

— Le but des SA qui « n'est pas de nature économique » . . 32

CHAPITRE II

La sécurité des créanciers 37

— Les réserves des sociétés anonymes à but non économique . . 37

— Le principe de l'irresponsabilité de l'actionnaire 38

A) Définition et terminologie 38
B) Sa portée 39
C) Ses justifications 43
D) Conclusion 45

— Le « Durchgriff » 46

A) Le problème 46

B) Les différentes sources du « Durchgriff » 47
a) Sociétés anonymes atypiques 47
b) La théorie économique 51
c) L'inobservation d'une seule disposition légale suffit-elle à autoriser le recours au « Durchgriff » ? 59
d) Conclusion 61

C) La SA à but non économique et le « Durchgriff » . . . 61

— La société double 65

A) Introduction 65

B) Prestations supplémentaires promises contractuellement par l'actionnaire 66
a) Généralités 66
b) Définition de la société double 68
c) De l'invalidité de la société double 69
d) Les limites de la société double 72
e) La société double, un corps étranger au droit de la SA 74
f) Conclusion 75

C) Conclusion 75

CHAPITRE III

Des libéralités de la société à ses actionnaires ou à des tiers . . 77

— Introduction 77

— Comparaison entre dividendes et libéralités 78
A) Le dividende, ses éléments essentiels 78
B) Les éléments essentiels des libéralités de la société anonyme en faveur de ses actionnaires ou de tiers 83
C) Conclusion 85

— Le droit de l'actionnaire à la prestation promise par la société, un nouveau droit acquis ? 86
A) Les différentes théories des droits acquis 87
a) Théorie contractuelle et théorie des bases essentielles . 87
b) Théorie des droits acquis patrimoniaux 88
c) Théorie des droits acquis particuliers 88
d) Théorie subjective des droits essentiels 88
e) Théorie d'Egger 89
f) Théorie des droits acquis d'administration . . . 89
g) Conclusion 90
B) Conflit d'intérêts et primauté de l'intérêt social . . . 90
a) Introduction 90
b) Droit positif 92
c) Jurisprudence 93
d) Doctrine 94
e) Conclusion 95
C) Le droit acquis de l'actionnaire au maintien des vocations économique et non économique des sociétés anonymes . 96

— Les avantages promis par la société doivent-ils faire l'objet d'une clause facultativement nécessaire des statuts ? . . . 98
A) Société anonyme à but économique 99
B) Société anonyme à but non économique 99

— Le juste prix 103

— Une nouvelle catégorie juridique d'actionnaires au sens de l'article 708 al. 4 CO 105

— Conclusion 106

Partie spéciale

CHAPITRE PREMIER

Introduction 109

— L'enquête 109

CHAPITRE II

Examen et analyse de statuts 115

— Raison sociale / Durée / Siège /But 115
— Capital social 118
— Composition du capital social 118
— Prestations des actionnaires 119
— Organisation 120
— Comptes annuels / Fonds de réserve / Dividendes 125
— Dissolution et liquidation 127

CHAPITRE III

Conclusion 129

Conclusion générale 135

Bibliographie 139

Abréviations 145

ACHEVÉ D'IMPRIMER
SUR LES PRESSES DE L'IMPRIMERIE
DES ARTS ET MÉTIERS SA,
A LAUSANNE,
EN JANVIER 1976